

THÈSE DE

PARIS,

1888

N^o. 129.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA

PLAINTÉ D'INOFFICIOSITÉ

DROIT FRANÇAIS

DE LA RÉDUCTION

DES

DONATIONS ET DES LEGS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

LOUIS THOMAS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

SAINT-DIZIER

IMPRIMERIE G. SAINT-AUBIN ET THEVENOT

12, RUE DE BAR, 12.

1888



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547908_0007

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot, Saint-Dizier, (Hte-Marne). 30, passage Verdeau, Paris.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA
PLAINTÉ D'INOFFICIOSITÉ

DROIT FRANÇAIS

DE LA RÉDUCTION
DES
DONATIONS ET DES LEGS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mercredi 11 juillet 1888, à 3 heures.

PAR

LOUIS THOMAS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Président : M. GÉRARDIN

Suffragants

MM. RATAUD

BUFNOIR

MASSIGLI, *agrégé*

professeurs

SAINT-DIZIER

IMPRIMERIE G. SAINT-AUBIN ET THEVENOT

12, RUE DE BAR, 12.

1888



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE MES GRANDS-PARENTS

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

ERRATA

Page 36, ligne 26 lire : *tabulas* au lieu de *tabula*.

Pages 53, 55 et 57, au titre lire : *Qui est défendeur dans la querela*.

Page 67, note 1 lire : *on ne connaît pas la date exacte de la mort de Pline*.

Page 68, ligne 14 lire : *tempérament* ; ligne 23 lire : *relatés*

— 70, — 12 — *testator* au lieu de *testatos*.

— 76, — 26 — *adcrecit* — *aderescit*.

— 84, — 12 — *duplum* — *duplem*.

— 106, — 5 — *et à trois* — *et trois*.

— 122, — 20 — *qu'on avait nommée*.

— 123, — 17 — *le douaire* au lieu de *le donataire*.

— 129, — 9 — *des droits* — *de droits*.

— 147, — 15 — 5.000 — 50.000.

— 162, — 26 — *inscription* — *action*.

— 166, — 20 — *continuateurs de Zachariæ, MM. Aubry et Rau*.

— 178, — 14 — *donataires* au lieu de *donateurs*.

— 218, note 1 — *ter C* — *terc*.

— 237, ligne 27 — *donations* — *donataires*.

DROIT ROMAIN

DE LA

PLAINTÉ D'INOFFICIOSITÉ

PRÉAMBULE

Si jetant les yeux autour de nous, nous considérons l'état dans lequel le monde extérieur nous apparaît, puis que reportant nos regards vers le passé et évôquant l'image de ce qu'il a dû être dans les siècles éloignés, nous soyions amenés à nous demander du travail accumulé de combien de générations l'état actuel est la résultante, nous pouvons répondre qu'il est la somme d'un nombre incalculable d'efforts.

Jeté nu sur la terre inculte, l'homme a dû de suite entrer en lutte avec elle pour lui arracher les objets nécessaires à son existence, c'est par le travail qu'il a fait surgir les richesses inertes qu'elle renfermait dans son sein et qu'il les a vivifiées.

Le mobile le plus puissant qui ait guidé constamment les générations vers le progrès, est, après la nécessité de vivre, le besoin inné d'améliorer leur sort ; et dans leur marche incessante vers ce but, le point d'appui essentiel en même temps que le stimulant le plus énergique a été l'appropriation individuelle.

L'homme le plus primitif, qui en est encore réduit à poursuivre une proie pour assurer sa subsistance, peut-il se passer de son arc et de ses flèches ? non ; aussi de tout temps il a dû se rendre maître des armes et des instruments de travail qui lui étaient nécessaires, puis plus tard l'occupation définitive de la terre lui est devenue indispensable.

Cantonnés forcément à l'origine dans les régions les plus fertiles, les peuples se sont de là répandus sur toute la surface du globe. Diverses transformations marquent les étapes successives de l'humanité dans la voie de la civilisation ; chasseurs d'abord, pasteurs ensuite, les peuples se sont faits enfin laboureurs, dès lors l'appropriation privative du sol fut pour eux une nécessité et un droit.

N'est-il pas juste que celui qui a fécondé la terre de ses sueurs, qui a répandu la semence, soit assuré de profiter de la moisson.

« L'agriculture fut une suite naturelle de la multiplication du genre humain et l'agriculture à son tour favorisa la population et rendit nécessaire l'établissement d'une propriété permanente ; car qui voudrait se don-

ner la peine de labourer et de semer, s'il n'avait la certitude de recueillir ? » nous dit un éminent jurisconsulte. Et il conclut : « Sans la propriété permanente la terre eut continué d'être une vaste forêt. » (1)

Si comme certains, qui veulent de tous les faits rapportés dans les livres saints dégager une allégorie rappelant un épisode mémorable de l'histoire du genre humain, nous étions tenté de voir dans le meurtre d'Abel par son frère, la lutte des peuples devenus laboureurs défendant le fruit de leur travail contre l'invasion des peuplades demeurées à l'état nomade, nous serions enclin à l'indulgence. Et ce crime qui nous fait horreur ne nous apparaîtrait plus dès lors que comme un accident de l'éternel combat pour la vie, estimant même que le bon droit n'était pas dans cette occurrence du côté de l'envahisseur.

Mais c'est une éventualité qui n'est plus guère à redouter aujourd'hui, tout au moins dans le monde civilisé, que celle d'un envahissement des contrées cultivées par des hordes de barbares sans nationalité, répandant partout sur leur passage la dévastation et la mort. Maintenant le danger est ailleurs et peut-être aussi pressant qu'autrefois ; les pires ennemis de la propriété ne sont plus ceux qui s'attaquent à elle par la violence matérielle, mais bien plutôt ceux qui ont la prétention d'en saper les bases par le raisonnement.

« Le champ que j'ai défriché, ensemencé, doit m'ap-

(1) Toullier. *Droit civil*, liv. II, tit. 2, chap. 1^{er}.

partenir, au moins jusqu'à ce que j'aie recueilli les fruits que mon travail a fait naître. J'ai le droit d'employer la force pour repousser l'homme injuste qui voudrait m'en déposséder, et pour en chasser celui qui s'en serait emparé pendant mon absence, » conclut encore Toullier. (1)

Il n'entre pas dans le cadre de notre étude d'esquisser même rapidement l'histoire de la propriété. Constatons seulement que d'après les sources les plus autorisées la propriété, de collective qu'elle fut d'abord, est devenue particulière par la suite : à la co-propriété du clan ou de la tribu a succédé la co-propriété de la famille et à celle-ci la propriété individuelle, forme dernière à l'abri de laquelle l'activité de l'homme a pu prendre son libre essor et parvenir au développement des immenses ressources dont profite actuellement l'humanité.

C'est donc un retour en arrière que rêvent ces prétendus hommes de progrès qui veulent substituer la propriété collective à la propriété individuelle, pour arriver ensuite à sa suppression, menaçant ainsi de briser le principal ressort de l'activité humaine.

Pour conclure nous disons en substance : L'homme est dans la nécessité de travailler pour vivre, il a besoin d'instruments et de matériaux de production ; cette nécessité fait son droit. Supprimer le droit de propriété, c'est le condamner à végéter misérablement en abattant son courage, c'est le réduire à sa perte.

(1) *Loc. cit.* p. 27 et 28, 6^e éd.

Mais il ne suffit pas à l'homme d'avoir assuré sa propre existence et de l'avoir mise à l'abri des besoins les plus urgents. Celui qui, préoccupé de sa destinée, a fondé une famille et perpétué sa race, qui tient à voir continuer son œuvre, ne doit-il pas tout d'abord faire bénéficier ses descendants du fruit de ses efforts ? Obligé de s'arrêter après avoir parcouru une partie de la route, il leur remettra les moyens de pousser plus avant dans la voie qu'il leur a tracée. Est-il une préoccupation plus légitime et plus profondément gravée au cœur de l'homme, que celle de l'avenir de sa famille ? La certitude de pouvoir transmettre à ses enfants ce qu'il a acquis par son travail sera un encouragement donné à l'esprit de conservation et d'épargne, en même temps qu'elle lui permettra d'accomplir un devoir imposé par la nature.

De nos jours, où les économistes signalent comme un danger pressant l'abus toujours croissant du luxe et de la consommation, il est plus que jamais nécessaire de ne pas retirer cette prime à l'économie domestique. Du reste le pouvoir de transmettre après décès est d'accord avec le caractère essentiel de la propriété, savoir la perpétuité en dehors de laquelle il n'y a qu'arbitraire pur. Restreindre le droit de propriété à un usufruit viager, ce serait décréter la ruine à brève échéance de la société qu'on soumettrait à un tel régime. Cette faculté de transmettre à sa postérité répond si bien à un besoin impérieux du cœur humain, la pente qui conduit les biens

du père au fils est si naturelle qu'aussi loin que nous remontions dans l'histoire des peuples, nous retrouvons ce principe consacré par tous les législateurs, même les moins humains.

Les Hébreux, les Hindous, les Grecs et les Romains ont obéi à cette loi de la nature, peu importe du reste qu'ils y aient été amenés par leurs croyances religieuses. A Lacédémone même où l'organisation de la famille est si contraire à la nature, ainsi que le constate la savante histoire de M. Boissonade sur *La réserve héréditaire*, à Lacédémone, « où la suprématie de la cité qui concentre tout dans ses mains, donne à la propriété immobilière un caractère précaire », le despotisme de Lycurgue n'avait pu triompher de ce principe. Plutarque nous dit en effet qu'après avoir fait procéder à un nouveau partage des terres, Lycurgue établit que chaque part serait transmise à l'ainé pour la plus forte partie.

Si nous ne consultations il est vrai que la réalité des choses, peut-être serions-nous amenés à reconnaître que le seul moyen naturel pour l'homme de satisfaire cette aspiration est de se dépouiller de son vivant au profit de ceux qu'il veut gratifier. La faculté de disposer de ses biens après sa mort, c'est-à-dire de faire prévaloir sa volonté quand on ne peut plus vouloir, peut sembler une création artificielle du législateur ; quand cela serait, nous pensons que celui-ci est autorisé à décréter des règles qui traduisent si exactement la conscience humaine.

Une autre question qui peut s'agiter et donner lieu à bien des controverses est celle de la préférence à donner à la succession légitime ou à la succession testamentaire. D'un côté de la balance on peut mettre le principe du droit de disposition du propriétaire sur sa chose et de l'autre les devoirs qui incombent au père à l'égard de ses enfants. Il faut admettre que le pouvoir de disposer n'est pas absolu et la justice trace elle-même des limites : personne que nous sachions ne refuse d'admettre que le propriétaire ne peut disposer de ses biens au détriment de ses créanciers. Et en quoi l'engagement formel pris vis-à-vis d'un créancier est-il plus sacré que l'engagement moral qu'un père contracte envers ses enfants en leur donnant le jour?

Après s'être livré à l'examen de cette question dans ses *Lois civiles*, Domat tout en reconnaissant qu'il est possible de concilier l'usage des testaments avec les successions légitimes, et se demandant dans la *Préface des successions*, laquelle est la plus favorable conclut ainsi (n° VIII) : « De toutes ces réflexions on peut tirer cette conséquence qu'il semble que les successions légitimes étant plus naturelles, plus nécessaires et suivies de moins d'inconvénients que les successions testamentaires dont l'usage n'a été qu'une exception de la règle qui donne l'hérédité aux proches, la condition des héritiers légitimes est plus favorable que celle des héritiers appelés par un testament ; et que dans les doutes où la

faveur de ces deux sortes d'héritiers peut-être considérée, on doit décider pour celui du sang. »

Furgole dans son *Traité des testaments* en attribue l'origine au droit des gens, alléguant que l'usage en a été reçu, tandis que l'on n'avait d'autre loi que celle de la nature. Et en effet il fait remonter très loin cette origine car après avoir rapporté d'après Eusèbe et Cedrenus le testament de Noé par lequel celui-ci partagea toute la terre entre ses trois fils, puis constaté que pourtant les livres sacrés ne font pas mention de ce partage, Furgole continue : « Quoi qu'il en soit, nous avons des textes précis dans les livres sacrés qui nous indiquent que la manière de disposer par testament était en usage longtemps avant la loi de Moïse, ce qui peut faire croire non seulement que Noé usa de cette faculté, mais encore que ses prédécesseurs en avaient usé avant le déluge. — En effet on voit dans le chapitre 15, v. 2 de la genèse, qu'Abraham se voyant sans enfants, s'était proposé de faire son héritier le fils d'Eliézer, intendant de sa maison : *Mihi autem non dedisti semen, et ecce vernaculus meus heres meus erit* ; ce qui suppose assez nettement l'usage de faire testament, par le moyen duquel Abraham se proposait de laisser sa succession au fils d'Eliézer : car le testament a toujours été la manière la plus naturelle de faire passer les biens à des personnes étrangères, et qui n'étaient pas appelées à la succession par les droits du sang et de la parenté. »

Furgole trouve encore quelque chose de plus précis

dans un passage du prophète Ezéchiel et tire du mot « *legatum* » qu'il y rencontre, la preuve qu'il s'agit là d'une véritable disposition testamentaire. Puis il nous montre l'usage du testament pénétrant successivement chez les autres peuples : les Hébreux le communiquent aux Egyptiens auxquels l'empruntent les législateurs grecs qui avaient voyagé en Égypte, enfin les rédacteurs des Douze Tables le tirent de la Grèce.

« On peut même conjecturer de ce que Tite-Live rapporte au livre I de son histoire, poursuit Furgole, que Procas avait légué le royaume d'Albe à son fils Numitor, que l'usage des testaments était reçu chez les Romains dès la fondation de Rome et par conséquent avant la loi des Douze Tables. »

Desquiron pense au contraire que cet usage ne fut introduit à Rome que par la loi des Douze Tables et adepte, malgré toute la vénération que lui inspire la doctrine de Furgole, l'opinion du jurisconsulte Grenier du Puy-de-Dôme, qui estime que si la faculté de donner prend sa source dans le droit des gens, celle de tester dérive du droit civil.

Furgole lui-même malgré tout le respect qu'il professe pour les dispositions testamentaires n'admet pas qu'on puisse songer à contester au législateur le droit de réglementer la faculté de tester.

Nous sommes d'autant plus disposé à nous ranger à son avis sur ce point que suivant l'opinion de Desquiron nous sommes porté à voir dans cette faculté une

institution du droit civil et à donner avec Domat la préférence à la succession légitime, tout en reconnaissant la nécessité de concilier les deux points de vue.

Nous pensons qu'en présence de descendants ou d'ascendants le *de cuius* doit voir sa liberté de disposer strictement restreinte par ses devoirs vis-à-vis de ceux auxquels il a donné le jour ou qui le lui ont donné. Lorsqu'il ne laisse que des collatéraux plus ou moins éloignés, il serait dangereux, croyons-nous, d'apporter quelque restriction aux principes de la propriété ; les inconvénients que nous avons signalés plus haut se retrouveraient encore ici. Le propriétaire privé du droit d'attribuer ses biens aux successeurs de son choix renoncera volontiers au travail et de plus sera tenté de consommer un capital dont il ne lui serait pas permis de faire un libre usage.

Quel que soit le degré de créance qu'il faille attacher à l'opinion de Furgole sur la haute antiquité des dispositions testamentaires, il ne paraît pas douteux qu'elles aient été pratiquées chez les grecs tout au moins à partir de Solon ; plusieurs passages de Démosthène ne laissent aucun doute à cet égard. On pense généralement aussi que c'est d'eux que les Romains tiennent cet usage.

Nous allons voir quel développement il prit à Rome et nous constaterons qu'il n'est peut-être aucune nation où il ait joui d'une plus grande faveur. Chez certains peuples de l'antiquité les croyances religieuses ont eu

une grande influence sur le droit de tester mais parfois en sens inverse : ainsi tandis que chez les Hindous le culte des ancêtres dont la charge incombait aux descendants opposait une barrière infranchissable au testament, chez les Romains au contraire le même culte des mânes coopéra plutôt à son extension qu'il n'y fit obstacle. C'est que les Romains avaient admis que le testateur pouvait remettre en mourant le soin des sacrifices à faire sur l'autel du foyer à celui qu'il jugeait le plus digne de cette mission de confiance, fût-il étranger à sa famille. Une autre cause de la pratique universelle du testament à Rome est la possibilité offerte par ce moyen au testateur insolvable d'échapper à l'infamie qui devait résulter pour sa mémoire de la vente publique de ses biens opérée sous son nom. Ce résultat était facilement obtenu à l'aide de l'institution d'un héritier nécessaire.

Sortant des considérations générales nous allons jeter un coup d'œil rapide sur les institutions romaines se rapportant plus spécialement à notre étude. Nous verrons la puissance d'abord sans limites du père de famille, puis cette puissance battue en brèche et subissant des atteintes successives à mesure que la législation s'humanise et enfin nous nous arrêterons à la *querela inofficiosi testamenti* pour l'examiner en détail.

INTRODUCTION

DU DROIT DE TESTER A ROME

§ 1. — Toute-puissance du père de famille.

« Uti legassit paterfamilias super pecuniâ tutelâve suæ rei, ita jus esto. » (Loi des Douze Tables, table 5.)

C'est en ces termes énergiques que la loi des Douze Tables, ce monument qui domine toute la législation romaine et dont l'ombre se projette jusque sur l'empire d'Orient, qui en est la base tellement respectée pendant plusieurs siècles que le législateur n'ose jamais l'attaquer de front, c'est en ces termes que la loi suprême proclame le pouvoir illimité du père de famille sur la dévolution de son patrimoine.

A l'origine le testament était un acte public, une sorte de loi particulière (*legare, legem condere*) pour la validité de laquelle était requise l'approbation du peuple romain. La première forme de testament que nous voyons à Rome est celle du testament *calatis comitiis*; le testateur était obligé de soumettre au peuple assem-

blé dans les comices la teneur de son testament et il est probable qu'il ne s'agissait pas là d'une simple formalité et que les curies pouvaient soit valider soit repousser le testament; de plus, celles-ci ne se prononçaient qu'après avoir entendu les pontifes. Ces mesures étaient autant de garanties pour les droits des enfants. Du reste si la pratique des testaments est fort ancienne, on peut croire que l'application en fut d'abord très restreinte et l'on est fondé à se demander avec M. Cuq (1), dans ses recherches historiques sur le testament *per æs et libram*, si dans le droit primitif le testament suppose comme à l'époque classique et dans notre droit moderne la liberté de tester.

« Dans la Rome antique, la liberté de tester aurait eu pour conséquence extrême la faculté de disposer des biens de la famille au préjudice des membres qui la composaient. C'eût été compromettre leur sort et préparer l'extinction de la famille. » (2)

La gêne, qui résultait pour les citoyens romains de la rareté des réunions des comices qui ne s'assemblaient que deux fois par an pour cet objet, fit admettre d'abord le testament *in procinctu*, spécialement destiné à permettre aux militaires appelés en guerre dans l'intervalle de deux réunions, d'assurer l'exécution de leurs volontés dernières. Un autre inconvénient grave résultait encore du testament public, c'était l'impossibilité d'en modifier le contenu après qu'il avait été sanctionné par les comices.

(1) *Nouv. revue hist.* 1886, p. 533 et suiv.

(2) *Loc. cit.* p. 536.

A une époque inconnue mais antérieure à la loi des Douze Tables il a été admis que le père de famille pourrait disposer sans une intervention sérieuse du peuple et la mancipation fut employée à cet effet ; la *familiae mancipatio* s'est ensuite transformée pour devenir le testament *per aes et libram*. Dès lors le droit de tester dépend de la volonté seule du père de famille et c'est ce principe que nous avons vu plus haut consacré par la loi des Douze Tables. On peut encore il est vrai, hésiter sur l'étendue de ce droit et sur le sens exact à assigner aux mots « legassit » et « pecunia » ; celui-ci qui plus tard peut être employé pour « familia », est-il son synonyme dès cette époque ? Mais le principe n'en était pas moins posé et devait produire des effets qui ne semblent pas douteux ; la volonté du père de famille se trouva délivrée de toute entrave et de tout contre-poids à la suite de la réforme qui fit du testament un acte absolument privé.

Cet attribut considérable n'est du reste qu'un des côtés du pouvoir du *paterfamilias* et se trouve en harmonie avec les lois qui régissaient alors la famille. Nous savons, en effet, qu'à Rome la famille était la base des institutions sociales et que dans la famille le *pater* était une sorte de souverain. L'individu n'est rien par lui-même dans la société Romaine, s'il ne se rattache à une famille ; celle-ci est l'unité sociale dans laquelle s'absorbent les individus et qui conservant son identité par le foyer et le tombeau auxquels elle reste liée s'absorbe elle-même dans la personne d'un chef qui détient tous les pouvoirs.

La puissance de celui-ci s'étend non seulement sur les biens, mais aussi sur les personnes : le *pater* en effet n'avait-il pas le droit d'exposer ses enfants, de les vendre, de les juger et même de les condamner à la peine capitale ! Et maint exemple est là pour nous l'attester, ce droit n'était pas seulement écrit dans la loi comme une simple menace, le père pouvait en user.

Pour nous rendre compte de la place énorme et tout à fait prépondérante qu'occupe dans le droit privé le *paterfamilias*, écoutons ce que nous dit M. Gide dans son œuvre magistrale sur la *Condition privée de la femme*, nous pouvons tout aussi bien l'appliquer à la condition des enfants. Nous verrons que la femme et les enfants étaient bien peu de chose en présence de leur père. Voici en quels termes s'exprime le savant professeur : « La dépendance de la femme n'a jamais été aussi étroite que dans l'ère patriarcale, parce que la puissance du père de famille n'a jamais été aussi absolue. Comme l'on ne connaissait encore aucune autre institution que la famille, l'autorité paternelle pouvait s'étendre indéfiniment sans risquer de se heurter jamais à une autorité rivale. Plus tard l'État est intervenu, il a étendu sa protection sur l'enfant et sur la femme, et le pouvoir domestique s'est dès lors trouvé subordonné au pouvoir public. Mais dans les premiers âges, lorsque les pouvoirs publics n'existaient point encore, le père de famille était seul législateur, seul juge, seul prêtre et ses femmes, ses enfants, ses esclaves étaient tous de même condition, car ils étaient tous sans droit devant lui. C'est le peuple romain qui dans l'Europe civilisée

a conservé le plus longtemps dans ses lois l'empreinte de cette organisation primitive de la famille. Aussi Gaius a-t-il pu croire que la *manus* et la *patria potestas* n'existaient que dans les lois Romaines. Mais si ces institutions au temps de Gaius n'étaient plus connues que des Romains, il fut un temps où elles étaient communes à tous les peuples ». (Liv. 1^{er} chap. 1^{er}, *Condition privée de la femme*).

Le passage de Gaius relatif à la *patria potestas* auquel fait allusion M. Gide est le suivant : « Jus autem potestatis quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum, nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habent potestatem qualem nos habemus ». (Gaius, I, § 55).

Si l'omnipotence du père n'est pas un trait absolument particulier au Droit romain, puisque l'histoire nous apprend que chez les peuples anciens tels que les Hébreux, les Perses, les Gaulois, la puissance du père était aussi fort étendue, il n'en est pas moins vrai que c'est à Rome que nous voyons persister le plus longtemps cette institution. Et si cet aspect très caractéristique de la constitution de la famille Romaine semblait à Gaius une particularité à l'époque où il vivait, combien ne doit-il pas nous frapper davantage, quand nous abordons l'étude du Droit romain avec les idées que nous a inculquées une éducation dans un monde si différent.

Nous avons peine à nous figurer aujourd'hui un chef de famille jugeant son fils en présence de ses proches et le condamnant à mort, ainsi que le rapporte Denys d'Halicarnasse, ou bien un père vendant son enfant ;

c'est peut-être avec plus d'étonnement encore sinon avec autant d'horreur que nous parvenons à nous imaginer un homme mûr, marié et père ou même grand-père de plusieurs enfants, j'allais dire par la force de l'habitude père de famille, et cependant malgré tout soumis encore à la puissance paternelle, ne pouvant rien avoir qui ne soit à son père, rien acquérir qui ne fût pour lui, en un mot fils de famille et sensiblement dans la même condition qu'un esclave au point de vue des biens.

Et chose non moins digne de remarque et frappante de contraste, ce fils, que nous venons de voir tenant si peu de place au foyer domestique, nous apparaît sous un autre rapport avec des proportions bien différentes ; dans l'ordre politique il peut être l'égal, bien plus, il peut être le supérieur de son père qui devra l'obéissance au dignitaire politique mais ressaisira son autorité sur l'homme privé rentré au foyer. Remarquons toutefois avec M. Ortolan que dans les comices par centuries les citoyens étaient classés par hiérarchie de fortune et que les fils de famille n'ayant rien, il faut admettre que dans la constitution primitive de Rome la personnalité absorbante du père a dû s'exercer aussi dans l'ordre politique.

De tout ce que nous venons de dire il ressort que la loi et les mœurs avaient imprimé à la puissance paternelle un cachet très original, qui en fait par excellence une institution de droit civil. Car si le droit naturel nous montre la paternité imposant des devoirs au père vis-à-vis de ses enfants en même temps qu'elle lui donne des droits sur eux, il ne semble pas que ce droit ait

régi les peuples naissants : le Droit romain particulièrement négligeant les devoirs et exagérant les droits du père lui a conféré sur ses enfants le pouvoir d'un souverain absolu. On peut dire qu'à Rome cette construction aristocratique de la famille est la clef de voûte de l'édifice social tout entier.

A cette rigueur des premiers siècles, les mœurs et les lois sont venues par la suite apporter des adoucissements progressifs ; néanmoins la *patria potestas* est encore d'une grande étendue à l'époque classique. Tant que dure la République l'omnipotence du père n'est guère tempérée que par les mœurs et la crainte de l'opinion publique : et peut-être à cette époque ces freins étaient-ils suffisants. A partir de l'Empire au contraire le besoin de réagir contre ce pouvoir abusif du chef se fait plus vivement sentir et nous voyons divers empereurs et entre autres Trajan, Adrien, Alexandre Sévère, prendre dans ce but des mesures plus ou moins efficaces, motivées par des cas particuliers. Enfin Constantin par une constitution insérée au Code (liv. IX, tit. 17) soumet à la peine du parricide le père qui aura tué son enfant.

On peut trouver qu'une mesure aussi nécessaire s'était fait bien longtemps attendre, si l'on songe qu'à Rome (1) une autre particularité contribuait à rendre la *patria potestas* encore plus intolérable et en augmentait considérablement la portée et l'énergie. L'enfant restait soumis à cette puissance sans limite de

(1) Denys d'Halicarnasse nous apprend qu'en Grèce la puissance paternelle était temporaire.

temps et pouvait parvenir à un âge avancé sans avoir la possibilité de s'y soustraire et mourir fils de famille. Ou bien autre conséquence tout aussi choquante, il devenait *sui juris* et *paterfamilias* lui-même par la mort du chef et celui-ci en mourant le privait de tous les biens dont il avait contribué à augmenter le patrimoine de la famille. Enfin l'émancipation était pour le père un moyen de rejeter son fils de la famille et de l'exclure du partage futur du patrimoine.

Ces résultats iniques ne durent pas se produire fréquemment à l'origine, les sentiments de justice et d'équité naturelles se trouvaient le plus souvent d'accord avec l'amour paternel pour adoucir ce qu'un pareil pouvoir avait d'exorbitant, sans quoi on ne s'expliquerait pas qu'une loi aussi rigoureuse eut été supportée pendant plusieurs siècles. Ils étaient probablement évités aussi grâce à l'intervention du censeur dont l'autorité était grande et les décisions justement redoutées.

§ 2. — Restrictions au droit de tester.

Néanmoins il faut croire que vint une époque où la conscience et le sentiment des devoirs naturels s'affaiblissant, on reconnut la nécessité de mettre un terme aux oublis des pères de famille à l'égard de leurs enfants.

Sans oser porter la main sur la loi des Douze Tables, ce qui du reste était au-dessus de leur pouvoir, et tout en paraissant en respecter la lettre, les jurisconsultes (*prudentes*) usant de la faculté d'interprétation qui leur

était reconnue, s'efforcèrent d'abord d'établir et de faire admettre que du vivant même de leur père les enfants jouissaient d'une sorte de co-propriété dans les biens de la famille et que par conséquent le simple oubli du père ne devait pas suffire à les priver de leur droit.

Cette idée d'une co-propriété existant sur le patrimoine commun entre le père et ses enfants n'est pas particulière au Droit romain ; elle avait été aperçue avant que les prudents ne l'utilisassent et après eux dans toutes les législations les jurisconsultes l'ont invoquée, pour concilier l'équité avec le principe de la liberté de la propriété.

M. Boissonade traitant de la législation de l'Inde dans son *Histoire de la réserve héréditaire* nous dit « que le
« premier principe qui entrave la liberté du père dans
« l'intérêt de ses enfants, principe que l'on retrouvera
« dans la plupart des autres législations par l'effet de
« leur parenté directe avec la loi Hindoue, c'est la co-propriété des enfants avec leur père ». (1)

Si aujourd'hui dans les législations modernes il est possible de contester l'exactitude de ce point de vue, il reposait certainement dans celles de l'antiquité sur un grand fond de vérité, et notamment à Rome où toutes les acquisitions du fils venaient se fondre dans le patrimoine unique de la famille et en augmenter la masse. Il est manifeste que l'expression d'*heredes sui*, qu'on appliquait aux enfants directement soumis à la puissance du père et qu'on traduit généralement par héritiers siens ou héritiers d'eux-mêmes, procède de cette

(1) *Hist. de la Rés. héréd.* p. 28.

idée de co-propriété. C'est du reste ce que nous disent formellement Gaius d'abord et Justinien après lui dans leurs *Institutes* : « Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur ». (Gaius, C. II, § 157).

Si les prudents n'ont pas le mérite d'avoir les premiers entrevu cette idée, il faut reconnaître en tous cas à leur honneur qu'ils en ont fait une heureuse application pour la protection des intérêts pécuniaires de l'enfant. De ce que le fils avait un droit acquis dans la co-propriété du patrimoine de la famille, ils tirèrent la conséquence que pour le dépouiller de ce droit une expression formelle de la volonté du père devenait nécessaire.

Ainsi tandis qu'une simple omission avait probablement suffi jusqu'alors pour exclure les enfants et les priver de la succession, dès lors le testateur fut tenu d'exhérer expressément ses enfants ou bien de les instituer pour une part quelconque, si minime fut-elle. Le père reste donc encore juge souverain mais il est obligé désormais d'exercer sa juridiction ; il faut qu'il statue, qu'il exproprie ses héritiers siens, faute de quoi le testament ne sera pas valable. Il ne lui est plus permis de les passer sous silence, *non silentio præterire licet*.

On ne peut fixer au juste l'époque à laquelle fut introduite cette innovation : on sait toutefois qu'elle était déjà en usage au temps de Cicéron qui y fait allusion dans un passage du *De Oratore* (1, 38).

Des différences notables distinguent l'exhérédation des fils de celle des autres descendants, filles ou petits-

enfants, quant à la forme aussi bien que quant aux effets de l'exhérédation. Si c'est un fils que le père veut exclure, il est de rigueur qu'il l'exhère de *nominatim* ; il lui suffit au contraire d'exhérer en bloc, *inter ceteros*, les autres descendants au moyen d'une formule générale : *Ceteri exheredes sunt*. Voilà pour la forme, voici maintenant pour le fond. Si un fils a été omis, le testament est nul dès le moment où il a été fait et il restera nul quoiqu'il puisse arriver, même si le fils omis meurt avant le testateur. Gaius nous apprend (C. II §, 123) que cette solution combattue par les Proculéiens et soutenue par les Sabinieniens avait fini par triompher. La nullité du testament donnera donc lieu à la délation de l'hérédité *ab intestat*. L'omission des filles et des petits-enfants produit un effet bien moins radical : ils sont réputés inscrits dans le testament qui reste valable en partie, ils ont ce qu'on appelle le *jus accrescendi*.

Par la suite le préteur et plus tard Justinien apportèrent à la théorie de l'exhérédation quelques modifications que nous n'avons pas le loisir d'examiner.

Cette mesure, destinée à entraver la puissance du père en le forçant à se prononcer et à manifester clairement son intention formelle de dépouiller ses enfants, se réduisait en somme à une simple formalité et ne restreignait pas au fond la faculté de disposer. Capable d'arrêter sur une pente funeste par un scrupule honorable des hommes soucieux de l'opinion de leurs concitoyens, elle devait malheureusement devenir bientôt impuissante à retenir dans le devoir des pères décidés par des influences pernicieuses à méconnaître les droits

de leurs enfants, *maligne circa sanguinem suum inferentes judicium, novercalibus delinimentis instigationibusve corrupti*, suivant les expressions de Gaius (*Dig.* Liv. V, tit II). Rapprochées d'un passage de la vie de Solon où Plutarque nous montre le législateur Athénien, qui vient de donner à ses concitoyens la faculté de tester, préoccupé déjà de les prémunir contre de funestes suggestions et de divers extraits des satyriques grecs et latins, ces expressions nous font voir les testateurs en butte aux entreprises des captateurs partout où a fleuri l'institution des testaments. Partout il a fallu les prémunir contre leurs propres entraînements et les soustraire aux convoitises étrangères.

A Rome la première mesure prise dans ce but que nous venons de voir fut bientôt reconnue insuffisante et une atteinte plus directe dut être portée à la liberté de tester. Ce fut au moyen de la *querela inofficiosi testamenti*.

DE LA

QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI

PREMIÈRE PARTIE

DEPUIS SON ORIGINE JUSQU'À JUSTINIEN

L'omnipotence du père de famille était une institution surannée qui ne répondait plus à l'état des mœurs à la fin de la République et bien que se réduisant à une pure formalité, la nécessité de l'exhérédation n'en était pas moins l'indice d'une tendance qui devait bientôt s'affirmer par une réforme beaucoup plus importante, véritable restriction à la liberté testamentaire, la *querela inofficiosi testamenti*.

Dans cette première partie qui sera de beaucoup la plus étendue, nous allons étudier la *querela* dans le droit classique et jusqu'à Justinien ; nous verrons successivement dans six chapitres : 1° son origine et sa nature, — 2° à qui elle compète ; — 3° qui est défendeur, quels sont ceux dont les dispositions sont attaquables et quelles dispositions sont attaquables ; — 4° les conditions

requis pour l'admissibilité de l'action et à ce propos la *quarte legitime* ; — 5° les effets de la *querela* ; — 6° les causes qui la font cesser.

Dans une deuxième partie nous passerons rapidement en revue les réformes de Justinien.

CHAPITRE PREMIER

ORIGINE ET NATURE DE LA QUERELA

§ I. — Son origine.

C'est à l'usage et aux prudents qu'elle doit être attribuée et c'est très probablement vers la fin de la République qu'elle fut introduite ; son existence ne peut plus être mise en doute dès les premiers temps de l'empire.

Cicéron dans les *Verrines* (II, 1, 42) parlant du testament de P. Annius dit qu'il était *non inofficiosum*, mais comme ce qualificatif est accompagné de deux autres (*non improbum et non inhumanum*) auxquels on ne peut attacher un sens juridique précis, il paraît douteux que le grand orateur ait attaché à cette expression le sens technique qu'elle a revêtu plus tard. Mais différents passages de Quintilien et de Pline le jeune attestent que de leur temps la *querela* était usitée.

Comme la nécessité de l'exhérédation elle est due aux prudents, mais elle procède d'une idée différente : tandis que celle-là reposait sur l'idée d'une co-propriété du patrimoine familial entre le père et ses enfants, la *querela* est fondée sur la notion des devoirs qu'impose la parenté. La première était une simple protection de

forme, celle-ci est une véritable protection de fond.

Les prudents imaginèrent de supposer que le père, qui, sans cause légitime oubliait ses devoirs de parenté jusqu'à exhéréder ses enfants, ne pouvait être sain d'esprit : « Inductum est ut de inofficioso testamento agere possint liberi hoc colore quasi non sanæ mentis fuerint, quum testamentum ordinarent (parentes) », nous disent les *Institutes* après le jurisconsulte Marcien (1). Ainsi le père, qui sans juste cause aura méconnu l'*officium pietatis* sera censé n'avoir pas agi dans la plénitude de ses facultés : notons bien que cette supposition n'est qu'un prétexte, *color*, car si le père n'avait pas joui réellement de son bon sens, s'il avait testé en état de démence (*furiosus*) son testament eut été radicalement nul. Le testament inofficieux au contraire, pourvu que d'autre part il réunit les conditions requises, était valable et pouvait sortir son effet, si les héritiers lésés, dédaignant le secours que leur offrait la *querela* ne l'attaquaient pas, ou s'ils échouaient, ou encore s'ils décédaient avant d'avoir manifesté leur intention de l'attaquer. Dans tous ces cas le testament recevait exécution parce qu'en définitive il pouvait être conforme à toutes les règles du droit tout en étant contraire aux exigences de l'équité. N'oublions pas que c'est à un testament régulier en la forme que s'attaque la *querela*, car elle n'était accordée qu'à défaut de tout autre moyen.

Nous venons de dire que son introduction était due aux prudents, nous devons ajouter que ce point n'a pas

(1) *Dig. De inoff. test.* Loi 2.

été admis sans conteste et que plusieurs ont prétendu l'attribuer au droit prétorien. De célèbres commentateurs, tels que MM. Troplong et Laferrière ont cru reconnaître dans l'emploi d'un semblable moyen une pratique familière au préteur, dont nous constatons que c'est assez l'esprit de recourir à des fictions pour tourner la loi et remédier à ses rigueurs. Nous ne nous arrêtons pas à cet argument, si nous considérons que la *querela* était portée devant le tribunal des centumvirs qui ne connaissait que d'actions civiles et que le résultat était de dépouiller l'institué de son titre d'héritier, ce qui dépassait le pouvoir du préteur et il nous faudra bien reconnaître que ce n'était pas une action prétorienne. D'un autre côté, Cujas d'après l'*inscriptio* d'un fragment de Gaius au *Digeste* (*De inoff. test.* loi 4) a cru pouvoir rapporter l'origine de la *querela* à une loi Glitia ; cette loi ne nous est pas parvenue et l'existence n'en est révélée que par la susdite *inscriptio*, ce qu'elle contenait ne peut donc être que l'objet de suppositions plus ou moins plausibles ; aussi l'opinion de Cujas malgré toute l'autorité qui s'attache à son nom n'a guère trouvé de partisans. Il est vrai qu'on peut à la rigueur appuyer cette opinion sur certaines expressions de Justinien qui parle d'anciennes lois (*prioribus, antiquis legibus*) à propos de la *querela* ; mais ces données sont trop vagues et trop peu précises pour déterminer notre avis dans ce sens et sont combattues par des considérations beaucoup plus probantes dans le sens opposé.

Ce sont d'abord les termes dans lesquels les *Institutes* nous présentent la *querela* quand elles nous disent :

Inductum est... hoc colore. Les premiers mots indiquent bien que c'est à la coutume que Justinien veut faire allusion, les seconds corroborés par tout ce que nous savons des caractères de la *querela* résistent à l'interprétation de Cujas et démontrent clairement que l'hypothèse d'une loi doit être rejetée. Ce n'est pas ainsi que procède le législateur qui a le pouvoir de disposer, il ordonne et fait prévaloir sa volonté sans recourir à une fiction. Ce qui doit nous confirmer dans cette manière de voir c'est que les conditions auxquelles pouvait être admise la *querela* peu précises d'abord furent par la suite limitativement déterminées, ce ne fut que progressivement que s'établirent les règles auxquelles finalement elle resta soumise. Dans l'origine le tribunal des centumvirs avait quant à son admission un très large pouvoir d'appréciation et n'était pas enchaîné par des règles fixes et tracées à l'avance ; ainsi bien que certainement les droits que les prudents avaient voulu sauvegarder fussent ceux des héritiers siens, les centumvirs s'arrogèrent le pouvoir de décider si les autres parents, qui avaient à se plaindre de l'institution qui les écartait, étaient ou non suffisamment proches du testateur pour être écoutés, ils examinaient aussi discrétionnairement s'ils avaient ou non démerité au point de justifier la mesure prise contre eux. Suivant le résultat de leur examen ils rejetaient la requête du plaignant ou déclaraient la succession *ab intestat* ouverte.

Toutes ces raisons nous déterminent à conclure que c'est bien dans cette partie du droit non écrit connue sous les noms de *mores*, *usus*, qu'il faut chercher la

source de la théorie de l'inofficiosité et que ce sont les prudents qui la firent entrer dans le domaine du droit civil sous l'influence de la coutume. En cela du reste nous ne faisons que nous ranger à l'opinion communément adoptée aujourd'hui.

§ 2. — Nature de la querela

Si maintenant nous nous demandons quelle était la nature de la *querela*, quel était son caractère juridique, ici aussi nous rencontrons la controverse.

Certains commentateurs ont voulu voir dans cette action une instance préparatoire à la pétition d'hérédité : suivant eux les parents exhérédés auraient dû d'abord faire tomber le testament au moyen de la *querela*, puis ensuite intenter une *petitio hereditatis* seul moyen normal pour réclamer une hérédité légitime contre des usurpateurs.

Les autres estiment que la *querela* était une véritable *petitio hereditatis* et qu'elle conduisait directement à la restitution de l'hérédité aux héritiers légitimes : ils appuient leur opinion sur divers textes dont quelques-uns nous paraissent concluants. Ainsi Ulpien (*Dig. de inoff. test.* loi 27) nous dit : «.... pro modo facultatum quæ per inofficiosi testamenti accusationem vindicantur... » ce terme, surtout employé par un des plus grands jurisconsultes de Rome qui en pesait toute la valeur, nous semble trop précis pour ne pas décider notre jugement. Notre opinion s'appuie en outre sur la

compétence du tribunal centumviral, spécialement chargé de trancher les questions de pétition d'hérédité, devant lequel était portée la *querela*.

Elle diffère de la *petitio hereditatis* ordinaire en ce qu'elle ne peut être intentée, son essence même l'indique, que contre qui possède à titre d'institué, tandis que celle-ci peut l'être contre quiconque possède *pro herede* ou *pro possessore*. De plus il nous faut remarquer qu'elle présente divers caractères de l'action d'injures et qu'elle a communs avec elle plusieurs traits si frappants que nous ne pouvons nous dispenser de les rapprocher : de même que l'action d'injures emporte infamie pour celui qui est condamné, de même ici l'issue du procès se résoudra toujours en une flétrissure soit pour la mémoire du testateur si la *querela* est admise, soit pour le *querelans* si au contraire elle est rejetée. On a même voulu conclure d'un passage de Pline (*Épist.* V. 1), qui dans une espèce particulière rapporte que les héritiers institués tenaient à transiger « ne ex centumvirali iudicio capitis rei exirent », que ceux-ci pouvaient être frappés d'infamie. Nous la voyons traitée dans les textes tantôt d'*actio* et tantôt d'*accusatio*, quand plus loin nous étudierons les manières dont elle prend fin, nous verrons plus clairement encore se manifester son analogie avec l'action d'injures ; disons seulement dès à présent que la mort du *querelans* est comme dans l'action d'injures, un des modes d'extinction de la *querela*.

« Le parent qui se plaint d'avoir été injustement traité, dit M. Labbé, (Appendice V, liv. II, sur Ortolan) se venge de l'offense qui lui a été faite ; il accuse la

mémoire, il attaque l'honneur du défunt, il lui impute l'oubli de ses devoirs, il veut lui enlever rétroactivement le droit de tester. La querelle a un caractère passionné, violent, comme il est fréquent dans les mœurs rudes et primitives. Aussi celui qui succombait dans sa plainte était indigne de rien recevoir en vertu du testament. »

Cette action était, comme on le voit, très grave par les résultats qu'elle entraînait, d'autant plus que la répugnance des Romains à mourir intestats était très vive et que la succession testamentaire eut toujours le pas sur la succession légitime ; aussi conçoit-on facilement qu'elle n'ait été accordée que subsidiairement et à défaut de toute autre voie de recours contre le testament et qu'elle fût sujette à plusieurs modes d'extinction extraordinaires ; ces restrictions s'expliquent en raison de sa nature particulière. Elle était grave enfin « en ce que pour motiver la rescision du testament les juges étaient obligés de recourir à une fiction d'une hardiesse extrême et de supposer le testateur frappé de démence ». (Maynz, liv. V. § 390).

CHAPITRE II

A QUI COMPÈTE LA QUERELA.

Fondée sur la nécessité d'observer les devoirs qu'impose la parenté, la *querela* devenait accessible à un cercle comprenant beaucoup plus de personnes que celles qu'avait eu pour but de protéger la nécessité de l'exhérédation. Celle-ci fondée sur l'idée de co-propriété était limitée par son principe même aux seuls héritiers siens, c'est-à-dire aux descendants du *de cujus* demeurés jusqu'à sa mort sous sa puissance immédiate. La base sur laquelle les prudents avaient fondé la *querela* permettait d'en étendre l'application à d'autres parents qui auraient pu prétendre à la succession *ab intestat* et auxquels il était par conséquent permis d'arguer contre le testateur, qui les avait sans juste cause exhérédés, de l'oubli de ses devoirs de parenté.

Ce n'est pas cependant que l'idée d'une co-propriété existant entre les membres d'une même famille réunis au foyer domestique sous la *potestas* du *pater* ait dû rester absolument étrangère à l'origine de la *querela*, mais c'est en invoquant les devoirs de piété qu'on s'efforça de la légitimer. Or on conçoit que si ces devoirs sont plus impérieux entre le père et ses héritiers siens,

ils ne dépendent pourtant pas nécessairement du lien civil résultant de la *patria potestas* et que s'ils sont plus étroits entre ascendants et descendants, ils n'en existent pas moins quoique à un moindre degré entre certains collatéraux. Nous verrons à quelles extensions aboutit cette nouvelle manière de voir.

Notons dès maintenant que malgré tout, le cercle des personnes appelées à en profiter fut de bonne heure circonscrit aux parents les plus proches et que des règles fixes furent bientôt imposées aux juges. Si l'on admet sans difficulté les descendants et les ascendants, Ulpien (1) constate que les cognats au-delà du frère ont peu de chances de réussir et à partir de Constantin, les collatéraux autres que les frères et sœurs germains et consanguins sont exclus et encore ceux-ci pour réussir doivent-ils établir que l'institution qui les a écartés a été faite en faveur d'une personne vile ou notée d'infamie. Certains passages de Paul et d'Ulpien laisseraient même entendre que de leur temps déjà cette circonstance était exigée. (*Dig. De inoff. test.* Ulpien, loi 24. Paul, loi 31, § 1.)

Le but de la *querela* est de faire tomber le testament qu'elle attaque et si ce but est atteint le résultat sera l'ouverture de la succession *ab intestat*. Ceci nous explique pourquoi il faut avoir vocation à cette succession pour être admis à intenter cette action, mais il ne faut pas en conclure que réciproquement elle doit être accordée à tous les successibles *ab intestat*.

Trois ordres de parents, avons-nous dit, furent appe-

(1) *Dig. De. inoff. test.*, loi 1.

lés à en profiter savoir les descendants, les ascendants et certains collatéraux.

1° *Descendants*. — Il est juste qu'en premier lieu la *querela* soit donnée aux enfants exhérédés, puisque c'est précisément pour remédier à ces exhérédatons injustes qu'elle fut introduite. On peut conjecturer que ce secours ne fut accordé d'abord qu'aux héritiers siens d'après le droit civil, mais à l'époque du droit classique, nous voyons qu'il appartient aussi bien à ceux dont la vocation dérive du droit prétorien et ainsi à tous ceux que le préteur appelait à la succession par la *bonorum possessio contra tabulas* quand ils n'avaient pas été régulièrement exhérédés. Ces enfants sont ceux que le testateur a émancipés, ceux qu'il a donnés en adoption et qui se trouvent émancipés par l'adoptant avant le décès de leur père naturel, ceux nés ou conçus de lui avant son émancipation ou son adoption lorsqu'il est sorti de sa famille naturelle par l'une de ces deux causes, ceux qui ont été émancipés par son père alors que lui-même restait *alieni juris* et enfin les enfants de ces derniers. Nous disons donc que ces enfants auront la *querela* si le testateur les a exhérédés; si au contraire il n'a fait que les passer sous silence, ils n'y ont pas droit mais c'est parce qu'ils ont un autre moyen d'arriver à la succession puisque le préteur leur accorde la *bonorum possessio contra tabula*. Nous rappelons que la *querela* était l'*ultimum subsidium*, une ressource extrême et qu'elle était refusée à ceux qui pouvaient user de quelque autre moyen. C'est pour le même motif qu'elle était également refusée aux filles et aux petits-

enfants omis qui trouvaient dans le *jus accrescendi* un secours suffisant et aussi aux adrogés impubères auxquels la *quarte Antonine* suffisait et permettait d'obtenir une part de l'hérédité sans faire tomber le testament.

Quant aux enfants donnés en adoption, c'était tantôt contre le père adoptif qu'ils avaient la *querela* lorsqu'au moment de sa mort ils se trouvaient encore sous sa puissance et tantôt contre le père naturel si au décès de celui-ci ils avaient été émancipés par l'adoptant. Le danger pour eux était de voir mourir leur père naturel alors qu'ils étaient encore sous la puissance et dans la famille de l'adoptant, puis ensuite de se voir exclure de la succession de ce dernier par une émancipation. Cet inconvénient subsista longtemps et ce ne fut que Justinien qui y porta remède en décidant que les enfants donnés en adoption à tous autres qu'à des descendants conserveraient leurs droits dans leur famille naturelle. Cette réforme fait l'objet d'une longue constitution insérée au Code (Liv. VIII, tit. 48, loi 10). Dès lors, émancipés ou non, les enfants adoptifs eurent la *querela* contre le testament de leur père naturel et ne purent plus rien désormais contre le testament du père adoptif. Avant Justinien, s'il faut en croire ce que rapporte sa constitution, la situation des enfants adoptifs aurait même été plus critique : Paul et Papinien leur auraient refusé en tous cas la *querela* contre le testament du père naturel, tandis que Marcien distinguait.

Outre les descendants *per masculos* dont nous venons de parler furent encore admis à la *querela* mais postérieurement aux précédents les descendants omis par

une ascendante paternelle et enfin ceux omis par la mère ou leurs ascendants maternels. La mère et les ascendants et ascendantes maternels pas plus que l'ascendante paternelle n'étaient tenus d'exhérer les descendants en question et pouvaient se contenter de les omettre. Dès lors il paraît probable que cette application est dûe à une extension de la *querela* à ces personnes, car nous ne rencontrons pas dans leur cas l'élément primitif de cette action. Mais que les descendants aient été simplement omis par leur mère et leurs ascendants maternels ou que ceux-ci aient cru devoir les exhérer, ils n'en auront pas moins la *querela* si l'exhérédation est injuste. C'est ce que prévoit Marcellus quand il dit : « Nam et his qui non ex masculis descendunt facultas est agendi : cum et de matris testamento agant et obtinere adsidue soleant. Hujus autem verbi « de inofficioso » vis illa (ut dixi) est, docere se immerentem, et ideo et indigne præteritum, vel etiam exheredatione summotum... » (*Dig. De inoff. test.* loi 5).

Les posthumes ne manquaient pas non plus de protection ; le testament se trouvait rompu par leur naissance si le père avait oublié de statuer sur leur sort et pouvait être attaqué par la *querela* s'il les avait injustement exhérédés, et même pour eux on ne voit guère de juste cause d'exhérédation. Mais ce n'étaient pas seulement les posthumes siens, dont la naissance brisait les dispositions du testateur qui les avait omis, qui pouvaient agir en inofficiosité ; le lien de l'agnation n'est pas nécessaire et les enfants simples cognats du testateur sont admis à en bénéficier. Écoutons ce que nous

dit Ulpien : « Posthumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore. Sed et cognatorum ; quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere ». (*Dig.* L. 6, pr. h. t.).

Comme on a pu s'en rendre compte par ce que nous venons de voir touchant les descendants, ceux-ci dans quelque condition qu'ils se trouvassent à la mort du testateur étaient efficacement protégés par la *querela*, nous n'avons de réserve à faire que pour les enfants donnés en adoption dans le cas où l'adoptant les émancipait après la mort de leur père naturel. On s'explique donc ce que nous rapporte Ulpien au titre *De inoff. test.* loi 1 au *Digeste* : « Sciendum est frequentes esse inofficiosi querelas : omnibus enim tam parentibus quam liberis de inofficiosa licet disputare ».

Nous sommes loin de l'idée de co-propriété, et si le droit à la *querela* se puise toujours dans une *vocatio ab intestat* à l'hérédité, il n'est plus nécessaire que cette *vocatio* soit fondée sur le droit civil, il suffit pour qu'un héritier puisse alléguer que le testateur l'a dépouillé qu'il soit appelé par le préteur à la succession. La privation d'une *bonorum possessio* sans cause légitime sera donc un juste sujet de plainte. On considère que *l'officium pietatis* n'est pas restreint à la parenté civile et que les liens du sang créent aussi des devoirs. Nous allons retrouver cette nouvelle manière de voir appliquée aux ascendants ; mais avant de quitter l'ordre des descendants examinons en dernier lieu quels droits pouvaient avoir les enfants naturels.

Vis-à-vis de leur mère, la position des enfants naturels ne paraît pas inférieure à celle des enfants légitimes et peu importe même qu'ils soient issus d'un concubinat ou qu'ils ne soient que des *spurii*, nous leur reconnaitrons donc le droit de critiquer son testament. Il dut en être ainsi jusqu'aux empereurs chrétiens dont la situation des enfants naturels attira l'attention. Justinien dans une constitution insérée au Code (Lib. VI, tit. 57, loi 5) retira aux *spurii*, nés d'une mère *illustris*, tout droit dans la succession de celle-ci lorsqu'elle avait d'autre part des enfants légitimes ; par là même ils perdirent leur droit à la *querela*.

Vis-à-vis de leur père la position des enfants naturels est toute différente : le Droit romain semble n'avoir attaché aucun effet légal à la paternité naturelle (1) et ne s'est pas occupé de régler leur condition. Aux yeux de la loi, l'enfant naturel est un étranger devant son père et celui-ci ne lui doit rien ; il ne peut donc s'agir pour lui d'intenter une action fondée sur l'oubli de l'*officium pietatis*. Il faut arriver comme nous venons de le dire jusqu'aux empereurs chrétiens pour voir le législateur se préoccuper de ce qui n'avait été jusqu'alors qu'un fait. Concluons-en que le testament du père naturel ne pouvait être atteint par la *querela*.

2° *Ascendants*. — Si les lois de la nature et les préceptes de la morale commandent aux parents de ne pas abandonner leurs enfants après leur avoir donné l'exis-

(1) *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine* par M. Gide, pages 28 et suiv. Voir aussi dans Ortolan l'appendice de M. Labbé.

tence, la reconnaissance et la piété filiale imposent également à ceux-ci des devoirs à l'égard de leurs parents. C'est donc avec raison que la plainte d'inofficiosité a permis à ces derniers d'attaquer les dispositions testamentaires de leurs enfants qui auraient méconnu ces devoirs dont l'oubli est aussi blâmable dans un cas que dans l'autre.

Il est vrai que suivant les lois naturelles le devoir qui incombe aux parents de prendre soin de leurs enfants et de les élever trouvera à s'exercer d'une manière plus constante que celui des enfants d'assister leurs parents ; mais ce ne peut être qu'une raison de plus pour que ceux-ci aient le droit de compter dans des circonstances prévues sur la piété filiale. Que les parents parvenus à un âge avancé ou frappés par quelque accident se trouvent dans l'impossibilité de pourvoir aux besoins de leur existence, aussitôt naît pour les enfants le devoir d'y subvenir. N'est-il pas légitime aussi qu'ils soient appelés à prendre part à la prospérité à laquelle ils ont mis le plus souvent leurs enfants à même de s'élever ? Et si les événements bouleversant l'ordre de la nature viennent priver les parents du secours sur lequel ils avaient fondé des espérances, s'ils ont le malheur de survivre à leurs enfants, qui pourrait avoir plus de droits qu'eux sur les biens laissés par ces derniers ?

Le Droit romain n'a pas de toute antiquité reconnu ces principes d'humanité mais au temps où il brilla du plus vif éclat les jurisconsultes les avaient fait pénétrer dans les lois. C'est ainsi que l'un des plus illustres

d'entre eux Papinien nous dit : « Nam et si parentibus non debetur filiorum hereditas, propter votum parentium et naturalem erga filios caritatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus quam liberis pie relinqui debet » (*Dig. De inoff. Test.*, loi 15, Princ.). Justinien à son tour a consacré d'une manière générale ces principes dans le chapitre II de sa fameuse Novelle 118 ; et traitant spécialement de la *querela* aux *Institutes* il dit : « Non autem liberis tantum permissum est testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam parentibus liberorum ». (Lib. II, tit. 18, § 1). Si dans un autre passage Papinien semble assigner une base un peu étroite aux droits des parents : « Non sic parentibus liberorum, ut liberis parentium debetur hereditas ; parentes ad bona liberorum ratio miserationis admittit, liberos naturæ simul et parentium commune votum ». (*Dig.*, liv. XXVIII, tit. VI, loi 7, § 1) il n'en reconnaît pas moins formellement ce droit et c'est l'essentiel.

D'après ce que nous venons de voir, c'est donc bien plutôt sur le droit naturel que sur le droit civil qu'est fondée l'extension de la *querela* aux ascendants. Aussi le lien civil de puissance n'est-il pas à considérer ici, la *potestas* est étrangère au bénéfice de l'action dans ce cas et la mère, les ascendants maternels, le père émancipateur y ont un droit égal à celui du *paterfamilias* ; de même le père qui a donné son fils en adoption quand l'adoption est dissoute, tant que le lien subsiste c'est le père adoptif qui doit être institué. La *querela* compète aussi à la mère naturelle, le père naturel au contraire

ne peut y prétendre pour les raisons que nous avons mentionnées ci-dessus.

Bien plus, en fait, il devait arriver que la plupart du temps les ascendants appelés à profiter de la *querela* ne jouissaient pas de la *patria potestas*, tout au moins dans la période du droit classique et jusqu'à Constantin ; jusqu'à cette époque en effet, l'enfant soumis à la *patria potestas* ne pouvait guère acquérir de biens dont il eût la libre disposition, si ce n'est quand il était militaire et dans ce cas précisément son testament se trouvait par faveur à l'abri de la *querela* tant qu'il restait militaire et dans l'année suivante.

Et encore après Constantin faut-il tenir compte des restrictions au libre pouvoir de disposer des biens du pécule *quasi-castrense* et surtout des *bona adventitia*.

Les droits accordés aux ascendants sont donc une conséquence des liens naturels de parenté et une juste réciprocité des droits accordés aux enfants sur leurs propres biens.

3° *Frères et sœurs*. — Nous avons dit déjà qu'en dehors des descendants et des ascendants seuls les frères et sœurs étaient admis à se plaindre du testament qui les exhérédait. Ils forment donc parmi les collatéraux une classe à part et privilégiée et même, si le bénéfice de la *querela* est strictement limité à leurs personnes, ils ne sont pas tous appelés à en jouir : ce ne sont que les frères et sœurs consanguins et agnats qui ont cet avantage. Les neveux et tous autres collatéraux, les frères utérins eux-mêmes, ne l'obtinrent jamais. C'est ici que l'on voit se vérifier la règle que nous avons dégagée

a priori et que nous énonçons de nouveau, savoir que si l'obtention de la *querela* suppose nécessairement une *vocatio ab intestat*, elle n'est cependant pas d'une corrélation adéquate avec elle.

Cette dernière application de la *querela*, qui, si elle n'est pas contemporaine de l'origine de cette institution, est certainement très ancienne, puisque Valère Maxime y fait allusion, n'a jamais reçu la moindre extension. Ceci n'a rien de surprenant tant que dure le droit classique et même jusqu'à Justinien, mais on peut remarquer que ce prince, qui, dans les remaniements profonds qu'il fit subir au système des successions semble vouloir tenir compte avant tout des liens du sang, n'a pas songé à faire participer les frères utérins au bénéfice de la *querela*. Les *Institutes*, il est vrai, mentionnent le droit des frères et sœurs sans spécifier (lib. II, tit. 18, § 1), mais Justinien en insérant dans son Code (liv. III, tit. 28, loi 27) une constitution de Constantin a maintenu l'exclusion des frères et sœurs utérins. La seule modification favorable qu'il paraît avoir voulu introduire concerne la nécessité de l'agnation qu'il aurait renoncé à maintenir d'après ce qu'on peut conclure de l'addition des deux mots *vel non* par lui faite au texte de la constitution ci-dessus qui a été empruntée au Code Théodósien dans la version duquel ils ne figurent pas.

Voici les termes de cette constitution : « *Fratres, vel sorores, uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur : consanguinei autem, durante agnatione (vel non) contra testamentum fratris sui vel sororis, de inofficioso quæstionem movere*

possunt, si scripti heredes infamiæ vel turpitudinis, vel levis notæ maculâ adspersantur : vel liberti, qui perperam et non bene merentes maximisque beneficiis suum patronum adsecuti, instituti sunt... »

Ceci nous amène naturellement à parler d'une grave restriction imposée à l'action des frères et sœurs : ceux-ci n'étaient en droit de se plaindre et ne pouvaient espérer triompher dans la *querela* que si les héritiers institués par le *de cujus* étaient des *personæ turpes*. Cette condition est nécessaire à la réussite de la plainte, Justilien nous le confirme dans ses *Institutes* : « Soror autem et frater turpibus personis scriptis heredibus ex sacris constitutionibus prælati sunt ; non ergo contra omnes heredes agere possunt ». (liv. II, tit. 18, § 1) ; par contre il semble bien résulter des termes de la constitution de l'empereur Constantin que la catégorie des personnes visées était des plus compréhensives. Si la moindre tache, *levis notæ macula*, suffit à légitimer la plainte, on peut retourner la formule et dire que l'action est assurée du succès contre toute personne dont l'*existimatio* n'est pas absolument intacte. Il est probable que les cas n'étaient pas rigoureusement définis et que par conséquent une assez grande liberté d'appréciation était réservée aux juges.

Cette condition fait bien ressortir l'un des caractères les plus saillants de notre action, c'est qu'elle était fondée tant sur le besoin de venger une injure que sur le droit d'exiger la réparation d'un préjudice matériel ; sans quoi les intérêts des frères et sœurs qui n'avaient pas démerité eussent été tout aussi respectables en présence

de personnes intactes que d'institués moins recommandables.

Comme on le voit, la tâche du frère ou de la sœur *querelans* était double : il leur fallait justifier leur propre conduite et incriminer celle de l'*institué*. Il faut croire toutefois que la difficulté n'était pas insurmontable et il semble qu'elle tentait souvent ceux même qui ne se trouvaient pas d'ailleurs dans les conditions requises, car Ulpien croit devoir leur donner ce conseil : « Cognati enim proprij, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent » (*Dig.* liv. V, tit. 2, loi 1 *in fine*). Ces mots sont en même temps une preuve des efforts qui furent faits dans le sens d'une extension de cette dernière application de la *querela*, efforts restés jusqu'au bout infructueux.

C'est une jurisprudence un peu antérieure à Ulpien qui avait ainsi fixé ceux qui auraient le droit de se plaindre : descendants, ascendants, frères et sœurs consanguins. Auparavant tout parent pouvait intenter la *querela* ; le tribunal appréciait. (M. Labbé à son cours, 23 juin 1886).

Mais dans quel ordre peuvent-ils se plaindre ? Dans l'ordre où ils sont appelés *ab intestat*, car la *querela* casse le testament et ouvre la succession *ab intestat*. « ... Nam intestatum patremfamilias facit, » nous dit Ulpien. (*Dig.* liv. V, tit. 2, loi 6, § 1). Quand le testateur a des descendants et des ascendants, il lui suffit de donner satisfaction à ceux qui sont en premier ordre utile pour succéder. Supposons qu'il exhérède avec raison les descendants,

il doit laisser aux ascendants une part convenable, son affection doit se reporter sur eux. Si ceux qui sont en première ligne pour intenter la *querela*, y renoncent, elle est dévolue aux héritiers subséquents. Nous trouvons en ce sens au *Digeste* un fragment de Paul : « Si is, qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur videndum est : et placuit posse ut fiat successioni locus. » (Liv. V, tit. 2, loi 31, pr.) Les termes dont se sert Paul nous indiquent que la question avait fait doute, il est vrai, mais aussi qu'elle avait été résolue dans le sens que nous avons indiqué.

Il ne faut donc conserver sur ce point aucune hésitation ; un autre point que malheureusement il est bien moins facile de tirer au clair est celui de savoir si la dévolution avait lieu d'ordre à ordre ou de degré à degré. Cette question qui a été l'objet de controverses multiples a été résolue en divers sens par les plus savants interprètes du Droit romain. Examinons donc les principaux arguments produits de part et d'autre pour éclairer notre jugement.

Les partisans de la dévolution d'ordre à ordre invoquent l'analogie de la dévolution dans les successions *ab intestat* ; nous savons en effet que dans ces successions la dévolution n'avait pas lieu de degré à degré et que dans le même ordre le *proximus* épuisait le droit de ceux qui venaient derrière lui. Or, dit-on, la *querela* est subordonnée au principe que le plaignant ait vocation à succéder *ab intestat*, le résultat de cette action sera, en cas de réussite, d'ouvrir la voie à la succession légitime ;

la dévolution de la *querela* doit donc s'opérer de la même manière.

Un autre argument est fondé sur un fragment de Papien inséré au *Digeste* à notre titre : « Pater filium emancipavit, et nepotem ex eo retinuit ; emancipatus suscepto postea filio, ambobus exheredatis, patre præterito, vita decessit. In quæstione de inofficioso testamento præcedente causa filiorum, patris intentio adhuc pendet ; quod si contra filios judicetur, pater ad querelam vocatur, et suam intentionem implere potest. » (Loi XIV).

Nous répondons que l'esprit qui fit introduire la *querela* était différent de celui sous l'empire duquel avait été élaborée la législation plus ancienne et qu'il ne faut pas s'étonner de ce que les règles nouvelles aient donné une base plus large au droit des successions. « Nam augustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hereditatum prætor ex bono et æquo dilatavit » nous disent les *Institutes* de Justinien (Lib. III, tit. IX § 2 *in fine*). Ajoutons que le préteur n'avait pas été le seul à s'apercevoir des inconvénients que présentait le rigorisme d'une loi trop étroite. Du reste ce que nous exprimons ici n'est pas une pure hypothèse et il est remarquable au contraire que plusieurs principes des plus fortement établis dans le Droit romain aient dû fléchir devant les idées qui présidèrent au développement de la *querela*. Ainsi il est incontestable que la règle : *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*, avait été sacrifiée dans plusieurs cas, comme nous le verrons plus loin. Il semble bien aussi que cette autre règle qui limite aux par-

ties en cause l'effet de la chose jugée n'était pas observée en notre matière.

Quant au fragment de Papinien ci-dessus rapporté, nous voyons bien qu'il constate la dévolution d'un ordre d'héritiers à l'autre, mais à notre avis il ne démontre nullement que cette dévolution ne pouvait avoir lieu de degré en degré. Il est même si peu explicite sur ce dernier point qu'il a été réclaté dans les deux camps ; il n'y a donc rien à en conclure.

Les termes dont se sert Paul (loi 31) et le milieu, et les circonstances au milieu desquels s'est développée notre institution nous porteraient donc à croire que la dévolution quant à elle se faisait de degré en degré, si nous n'étions retenus par un texte que nous ne pouvons passer sous silence.

C'est dans une constitution de Justinien qui figure à son Code dans notre titre sous le n° 34 que nous rencontrons ces lignes bien embarrassantes à expliquer, si l'on tient pour la dévolution de degré en degré : « Si quis filium suum exheredatum fecerit, alio scripto herede ; reliquerit autem ex eo nepotem vel vivum, vel in ventre nurus suæ constitutum : deliberante vero scripto herede filius exheredatus decesserit, nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constitutâ vel præparatâ, omne adjutorium nepotem dereliquit... » Pour échapper à la conséquence qui s'impose à la suite de ce texte si précis, on a imaginé de supposer que le petit-fils ayant démerité ne pouvait avoir de son chef la *querela* et que Justinien était venu lui permettre d'user de l'action qui compétait à son père et que celui-ci

n'avait pu mettre en mouvement. Comme on l'a fait justement remarquer, l'Empereur se serait dans ce cas préoccupé d'une situation assez peu digne d'intérêt et qui ne cadre guère avec les termes suivants par lesquels il continue : « Et hoc nonnulli jurisconsulti in medium proponentes inhumane reliquerunt. Sed nos, qui omnes subjectos nostros et filios et nepotes habere existimamus affectione paterna et imitatione... ». Mais surtout cette hypothèse est en contradiction flagrante avec celle de Justinien qui admet qu'au moment de la mort du testateur le *nepos* puisse n'être que simplement conçu.

A moins d'attribuer à une erreur de Justinien ce qu'il constate dans sa constitution, et nous ne nous y croyons pas autorisés, il faut bien s'incliner devant une affirmation aussi catégorique et admettre tout au moins qu'au moment où il écrivait, la dévolution n'existait pas de degré en degré. Rien du reste ne nous autorise davantage à penser que c'est non pas une innovation mais seulement une restauration qu'effectuait l'Empereur : aucun texte en effet ne mentionne rien de pareil et ne peut suggérer l'idée que la dévolution ait subi une éclipse momentanée.

CHAPITRE III

QUI EST DÉFENDEUR A LA QUERELA. — QUELS SONT
CEUX DONT LES DISPOSITIONS SONT ATTAQUABLES.
— QUELLES DISPOSITIONS SONT ATTAQUABLES (1).

Nous avons vu quels sont les parents qui peuvent intenter la *querela*, nous savons également que le but de cette action est de faire tomber le testament et de donner ouverture à la succession *ab intestat* ; il nous est facile de comprendre maintenant que c'est contre l'héritier institué que doit être dirigée la procédure. Et c'est ainsi en effet qu'il en sera le plus souvent ; nous aurons pourtant à noter quelques exceptions.

Peu importe du reste quel est l'héritier institué : sa parenté même très proche avec l'exhérédié ne peut faire obstacle à la réussite de l'action dans la plupart des cas ; il devait même arriver fréquemment que la *querela* était mise en mouvement à la suite de querelles intestines dans les familles. Un fils exhérédié pourra donc l'intenter contre ses frères, un père contre son fils ou

(1) Nous réunissons sous un même chapitre divers ordres d'idées que plusieurs ont préféré examiner séparément. Outre les points de contact qui nous ont paru les relier l'une à l'autre, ces matières ont encore ceci de commun qu'elles ne comportent que peu de développement.

encore un fils contre son père pour faire tomber dans ce dernier cas le testament de sa mère. La qualité de l'institué n'entre pas davantage en ligne de compte, en principe du moins. Il faut cependant faire exception à ces règles, quand c'est à un collatéral que fait grief l'institution ; les frères et sœurs ne peuvent triompher qu'en présence de personnes *turpes*. Vis-à-vis de descendants ou d'ascendants ces règles ne subissent aucune restriction et l'empereur lui-même n'échappe point à la loi commune. Plusieurs rescrits nous l'affirment et l'on pourrait citer plus d'un empereur refusant d'accepter une succession au détriment des enfants du testateur. Ulpien à notre titre au *Digeste* nous dit : « Si Imperator sit heres institutus, posse inofficiosum dici testamentum, sæpissime rescriptum est » (Loi 8, § 2).

Les exceptions auxquelles nous avons fait allusion plus haut pouvaient se produire dans diverses hypothèses, au cas par exemple où l'héritier institué avait été chargé de remettre tout ou partie de l'hérédité à un fidéicommissaire. Voici deux autres hypothèses que nous empruntons au *Digeste* d'après M. Vernet qui les a ainsi formulées : « Si nous supposons un fils en puissance exhéredé par son père qui a omis un fils institué ayant fait adition, le fils émancipé omis aura la totalité de l'hérédité à l'aide de la *bonorum possessio contra tabulas*, et le fils resté sous la puissance du testateur et exhéredé par lui aura contre son frère la plainte d'inofficiosité, par laquelle il ne revendiquera bien entendu que la moitié de l'hérédité. (Loi 20. *Dig.* XXXVII, 4). Ainsi encore un fils émancipé ayant exhéredé sa fille et

omis son père, et le père qui l'avait émancipé *contracta fiducia*, ayant obtenu pour partie la *bonorum possessio contra tabulas*, la fille exhérédée aura la plainte d'inofficiosité tant contre son père que contre l'héritier institué (L. 16 § 1. D. v. 2) (*De la quotité disponible*, p. 116).

Il pourrait arriver aussi que la plainte d'inofficiosité fut dirigée contre le fisc, s'il avait recueilli l'hérédité ou une portion d'icelle en vertu des lois caducaires.

Mais l'institué n'était pas le seul intéressé au maintien du testament : si celui-ci est jugé inofficieux, non seulement l'institution va tomber mais avec elle toutes les dispositions qu'il contenait disparaîtront et deviendront sans effet, ainsi les legs, les *fidéicommiss* seront entraînés dans sa chute. Il paraît donc juste que les légataires et les fidéicommissaires soient admis à faire valoir leurs moyens et à contredire le *querelans*. On eut pu, il est vrai, estimer qu'ils étaient suffisamment représentés par l'institué auxquels ils ne pouvaient guère reprocher sa collusion avec l'héritier légitime, puisqu'il avait la faculté de répudier la succession. On préféra néanmoins et avec raison leur permettre d'intervenir dans le débat et d'appeler même de la sentence rendue contre le testament. « Si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes et eum qui de inofficioso testamento agit : adesse etiam legatarios et voluntatem defuncti tueri constitutum est eisque permissum est appellare, si contra testamentum pronunciatum fuerit. » (Ulpien, D. v. 2. L. 29 pr.).

Les dispositions de toute personne sont en principe attaquables au moyen de la *querela*, quand elles ont

été dictées par un sentiment contraire à l'*officium pietatis*. Une seule exception concerne les militaires : ici comme sur beaucoup d'autres points ceux-ci jouissaient d'un traitement de faveur, leurs testaments étaient soustraits à la rescision pour inofficiosité dans la plus large mesure puisque ni leurs pères, ni leurs enfants ne pouvaient les attaquer sous ce prétexte. « Testamentum militis filiifamiliæ in castrensi peculio factum neque a patre, neque a liberis ejus per inofficiosi querelam rescindi potest » (C. III, 28, L. 24). Cette faveur ne profitait qu'aux militaires au service et ne s'étendait pas aux vétérans ; c'est à tort qu'on a voulu interpréter en sens contraire la constitution ci-dessus des empereurs Dioclétien et Maximien, qui ne vise point les vétérans. Il nous faut ajouter que, comme les autres dispositions favorables aux militaires, celle-ci ne prenait pas fin immédiatement après le retour dans les foyers ; son effet se prolongeait pendant une année à dater de leur congé. « Papinianus lib. II Responsorum ait contra veterani patrisfamilias testamentum esse inofficiosi querelam, etsi ea sola bona habuit, quæ in castra quæsierat. — Si quis in militia fecerit testamentum, et intra annum post militiam decesserit : dubito an, quia ad hoc usque temporis jure militari testamentum ejus valet, querela inofficiosi cesset? et potest dici querelam inofficiosi cessare. (Ulpien, D. h. t. Loi 8, § 3-4). On ne peut pas être plus formel que Papinien, reproduit et confirmé par Ulpien, quant à la durée de la faveur accordée aux vétérans ; mais ce que nous devons remarquer dans la c. 24 ci-dessus, c'est que le privilège, dont jouissaient les

filis de famille militaires de pouvoir tester sur leur pécule *castrense* avait été étendu jusqu'à couvrir leur testament de l'immunité contre la *querela*.

Justinien restreignit le privilège des militaires au temps où ils étaient en expédition ; leur testament fait *in expeditionibus* ne jouissait de l'immunité que s'ils étaient morts en campagne ou dans l'année de leur retour.

Telle est la seule exception vraiment personnelle c'est-à-dire attachée à la qualité d'une certaine catégorie de citoyens. Mais nous rencontrons quelques hypothèses dans lesquelles les dispositions testamentaires échappent à la *querela* en raison de l'absence des conditions que suppose celle-ci. Nous avons dit par exemple que le droit à la *querela* exige la vocation à la succession légitime : de cela résulte que le testament fait par un fils de famille sur son pécule *castrense* ne peut être attaqué par le père de famille, la raison en est que le père n'avait pas droit aux biens composant ce pécule. « Ex nota Marcelli constat, nec patribus aliquid ex castrensibus bonis filiorum deberi » (L. XLIX, 17, L. 10). De même un enfant adoptif ne peut faire tomber le testament de l'adoptant, s'il a été émancipé par celui-ci.

Avant de terminer ce chapitre, nous dirons quelques mots des donations inofficieuses. A l'origine la *querela* ne tendait à faire rescinder que les testaments et les donations à cause de mort ; il est vrai qu'à cette époque existait la loi Cincia puisqu'elle date de l'an 550 de Rome. Mais à vrai dire cette loi destinée à entraver les

libéralités excessives ne procurait à la famille qu'une protection insuffisante. Son but était de fournir au donateur la faculté de se repentir aussi longtemps qu'il ne s'était pas complètement dépouillé, mais s'il était mort sans avoir manifesté de repentir l'héritier invoquant l'exception de la loi Cincia était repoussé par une réplique de dol. *Morte lex Cincia removetur*, dit Paul. C'est donc avec raison qu'elle est traitée de *lex imperfecta*; elle avait deux grands défauts, celui de ne donner qu'une exception et celui de ne pas s'appliquer à un trop grand nombre de personnes, entre autres aux plus proches parents. Enfin le donateur restait maître d'épuiser son patrimoine au moyen de donations multiples pourvu qu'elles n'excédassent pas un certain taux qui nous est inconnu.

Ce fut un rescrit de l'empereur Alexandre Sévère qui établit la *querela inofficiosæ donationis* à l'image de la *querela inofficiosi testamenti* (D. XXI, l. 87, § 3) d'après ce que nous apprend Paul. Elle présente avec celle-ci la plus grande analogie; il est douteux cependant qu'elle s'appliquât aux frères et sœurs, aucun texte ne les vise; il est vrai que les rescrits ne s'adressant qu'à des hypothèses particulières, on ne peut tirer de là une conclusion certaine. Par la force des choses ici l'action ne peut avoir le caractère d'une pétition d'hérédité, mais ce n'est pas une raison pour en faire une *actio in personam*, une *condictio*, comme le prétend J. Voët (*Comm. ad Pand.* XXXIX, 5, n° 37), il est bien plus plausible d'admettre que c'est une revendication. Plus tard enfin l'em-

pereur Constance étendit cette mesure aux constitutions de dot; un rescrit de ce prince inséré au Code de Justinien (L. *unic.* III, 30) permet de les attaquer comme inofficieuses.

CHAPITRE IV

DES CONDITIONS REQUISES POUR L'ADMISSIBILITÉ DE LA QUERELA. — DE LA QUARTE LEGITIME.

§ 1. — Conditions d'admissibilité.

Nous distinguerons quatre conditions générales et une cinquième spéciale aux frères et sœurs.

1^o Il faut en premier lieu que le plaignant ait vocation à la succession *ab intestat* et qu'il soit en rang utile pour recueillir cette succession. Ici comme en toute autre matière l'intérêt est la mesure de l'action. Nous avons vu que si le premier en ordre utile pour agir refuse d'intenter l'action ou bien si l'ayant intentée il a perdu son procès, la *querela* se trouve dévolue aux héritiers subséquents.

2^o Il faut en second lieu que le testateur ait oublié ses devoirs envers les héritiers qu'il prive de la succession ; le testament doit être contraire à l'*officium pietatis*, les termes mêmes l'indiquent, pour être sujet à rescision.

Mais à qui incombera la preuve ? et quelles sont les justes causes d'exhérédation ?

En ce qui concerne la preuve, il semble que le devoir du testateur étant de ne pas exhérer sans juste cause

ses proches parents, ceux-ci eussent dû être regardés comme n'ayant pas démerité, tant que la démonstration de leur indignité ou de leurs torts n'eût pas été faite contre eux. C'est cependant le contraire qui avait lieu et ce point est facile à expliquer, si l'on considère que même avec ce tempérament, l'introduction de la *querela* constituait une restriction des plus graves à la liberté testamentaire reconnue jusque-là. Le législateur qui réforme une loi bien assise ou une coutume invétérée, ne peut pas procéder aussi librement que celui qui fonde sur un sol nu ou à la suite d'un bouleversement qui a renversé les institutions préexistantes. Il eût semblé exorbitant d'imposer le fardeau de la preuve à celui que le testateur avait choisi et de porter ainsi une nouvelle atteinte aux prérogatives de celui-ci. Cette décision paraissait du reste conforme au principe général qui veut que le demandeur justifie sa prétention pour obtenir gain de cause. *Actori incumbit probatio*. Mais sans violer cette règle on eut pu intervertir les rôles et dire par exemple que le fils n'était pas dépouillé de sa co-propriété dans le patrimoine de la famille tant que les griefs du père n'étaient pas établis contre lui. C'était le contraire, nous l'avons dit, qui avait lieu et provision était due à la volonté du père.

Plus tard Constantin fit une brèche au principe ; une constitution de ce prince insérée au Code de Justinien (L. 28, h. t.) après avoir constaté que c'est aux enfants qui intentent la *querela* à administrer la preuve de leur bonne conduite, en exonère la mère qui attaque le testament de son fils.

Quelles sont les justes causes d'exhérédation ? A cette question on ne peut répondre d'une façon nette et précise. A l'origine, l'appréciation souveraine de la conduite des héritiers avait été abandonnée au jugement des centumvirs dont l'autorité était grande et les décisions respectées ; à la longue dut se former une jurisprudence plus ou moins constante sur le degré de gravité que devaient revêtir les actes d'ingratitude ou d'immoralité pour justifier l'exhérédation ou l'omission. Certains cas spécialement prévus par des textes peuvent donner une idée des motifs constituant de justes griefs ; nous en empruntons plusieurs à notre titre au Code de Justinien : tels sont les faits pour le fils de se faire gladiateur (L. 11), pour la fille de se livrer à une vie déréglée (L. 19), pour des enfants d'avoir empêché leur mère de faire son testament (L. 23), pour une mère d'avoir tendu des embûches à son fils ou d'avoir pactisé avec ses ennemis (L. 28). Ces diverses constitutions ne sont pourtant que des décisions d'espèces, desquelles il paraît difficile de dégager un principe général pour limiter les justes causes d'exhérédation ou d'omission.

Ce qui est à remarquer ici c'est que les enfants peuvent être punis pour les fautes de leurs parents. Bien qu'on puisse être tenté d'interpréter en sens contraire un passage de Tryphoninus : *sed totum de meritis filii agitur* (D. L. 22, § 1, h. t.), il n'en est pas moins certain que nous trouvons des cas où le fils était rendu responsable des méfaits de son père. C'est ainsi qu'Ulpien décide : « Nec enim minus in hoc nepote is, qui de inofficioso cogniturus est, merita nepotis, quam patris

ejus delicta perpendet ». (D. L. 3, 5 *in fine*, h. t.). De même Paul admettait cette règle et avait été d'avis qu'une mère avait le droit d'exhérer son enfant en bas âge en raison de l'odieuse conduite de son père d'après ce que nous apprend Justinien qui abolit cette règle qu'il trouve inique. Justinien a raison : elle était injuste et illogique de son temps, mais en était-il de même à l'époque antérieure à l'empereur Constantin c'est-à-dire avant que n'eût été créé le droit des fils de famille sur les *bona adventitia*? Nous ne le pensons pas ; quand le père acquérait tout ce qui advenait à son fils, il était logique de détourner de celui-ci resté en puissance des biens dont eut bénéficié le père malgré ses torts.

Lorsque l'omission provenait d'une erreur du testateur, on ne pouvait pas dire que celui-ci avait manqué à l'*officium pietatis*, on décidait néanmoins que l'héritier pouvait faire tomber le testament plutôt que de l'abandonner à une fatalité injuste. Nous avons sur ce point le témoignage d'Ulpien : « De testamento matris quæ existimans periisse filium, alium instituit heredem, de inofficioso queri potest ». (D. L. 27, § 4, h. t.). Mais ce n'est qu'autant que l'institué est un héritier externe que le testament doit tomber ; si les héritiers institués étaient les frères et sœurs de l'enfant omis, celui-ci obtiendrait sa part au moyen du *jus adcrescendi* et le testament subsisterait (C. L. 3, h. t.). Cette constitution décide que si la mère ayant eu la possibilité de le faire a négligé de changer son testament, il pourra être attaqué pour inofficiosité. Paul donne la même décision (*Sent.* lib. IV, tit. 5, § 2) touchant ce dernier point.

Il était un cas au contraire dans lequel un héritier omis ou exhérédé ne pouvait se plaindre, bien qu'aucun reproche ne pût lui être adressé, c'était quand l'exhérédation avait été dictée par l'intérêt même de cet héritier et pour cette raison on l'avait qualifiée d'officieuse. Ulpien nous fournit l'exemple de pères qui pour éviter à leurs fils en bas âge les embarras d'une succession à liquider leur transmettent leur hérédité au moyen d'un fidéicommiss. (D. XXVIII, 2, L. 18).

3° Une troisième condition exigée pour l'ouverture de la *querela*, c'est le défaut de tout autre moyen pour l'intéressé d'obtenir tout ou partie de la succession. Cette action aboutit à une conséquence que les Romains regardaient comme excessivement fâcheuse, elle fait que le *de cujus* meurt *intestat*, et nous savons que cette éventualité répugnait tout particulièrement aux citoyens Romains. Ceci suffit à nous expliquer qu'on n'ait admis ce résultat qu'à la dernière extrémité ; la *querela* est donc l'*ultimum adjutorium*. L'héritier, auquel le droit civil ou le droit prétorien fournissent quelque autre voie devra la suivre et s'en contenter même quand elle n'atteindrait pas complètement le but qu'il visait. De là découlent plusieurs solutions que nous allons énumérer tout à l'heure. Mais voyons d'abord le principe posé dans les *Institutes* de Justinien. (Lib. II, tit. 17 § 2) : « Tam autem naturales liberi, quam, secundum nostræ constitutionis divisionem adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possunt ; nam qui ad hereditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso

agere non possunt. Postumi quoque qui nullo alio jure venire possunt de inofficioso agere possunt. »

C'est par application de ce principe que les filles et les petits enfants en puissance omis par le testateur n'ont pas accès à la *querela* : ils ont en effet la ressource du *jus adcrescendi* ; si au lieu d'être simplement omis, ils avaient été exhéredés, ils auraient alors le droit de se plaindre. C'est en raison du même principe que la *querela* n'est pas accordée à l'émancipé omis par son ascendant parce que le préteur vient à son secours au moyen de la *bonorum possessio contra tabulas* ; à l'adrogé impubère auquel la *quarte Antonine* doit suffire ; ou bien à celui auquel la répudiation de la succession par les institués permet de venir comme héritier légitime. Celui enfin, qui institué pour le tout, *ex asse*, se voit réduit à rien ou peu de chose par des legs excessifs, trouve un remède dans la *quarte falcidie* ou dans le sénatus-consulte Pégasien. « Filius ex asse heres institutus inofficiosum dicere non potest : nec interest, exhausta necne sit hereditas ; cum apud eum quarta aut legis Falcidiæ aut senatus-consulti Pegasiani beneficio sit remansura. » (Paul *sent.* lib. IV, tit. 5 § 5). Ceci nous amène naturellement à examiner une dernière condition générale que nous pouvons formuler ainsi :

4^o Il faut que l'héritier légitime n'ait pas reçu par acte de dernière volonté une portion de biens suffisante, laquelle fut de bonne heure fixée au quart de sa part héréditaire.

Il ne suffit pas au testateur d'instituer pour une part quelconque son héritier, ce qui eût réduit à peu près l'effet de notre institution à une simple formalité comme

avait été la nécessité de l'exhérédation. On exige d'ailleurs du *de cuius* et l'on estime qu'il n'a pas satisfait à l'*officium pietatis*, tant qu'il n'a pas assuré d'une façon quelconque à ceux qu'il a le devoir d'instituer, soit directement, soit indirectement, ce que les textes appellent la *portio legitima*. C'est donc plutôt en lui laissant une partie de ses biens et non en l'instituant que le testateur témoignera de sa sollicitude envers son héritier : peu importe au surplus le moyen qu'il aura employé pour lui faire parvenir ce qu'il doit lui donner, institution d'héritier, legs, fidéicommiss, donation à cause de mort ou même dans certains cas donation entre vifs. Tout ce que nous venons de dire nous est enseigné par Justinien dans ses *Institutes* : « Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit, sive jure hereditario, sive jure legati, vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos, in iis tantummodo casibus quorum mentionem facit nostra constitutio, vel aliis modis qui constitutionibus continentur ». (Lib. II, tit. 17 § 6) Nous avons aussi le témoignage d'Ulpien : « Quoniam autem quarta debitæ portionis sufficit ad excludendam que relam... » (D. h. t. L. 8 § 8).

Nous avons plusieurs questions à étudier spécialement à propos de cette *quarte*, mais avant d'entrer dans cet examen qui demande quelques développements, disons un mot de la 5^e condition que nous avons signalée au début de ce chapitre comme étant spéciale aux frères et sœurs.

5^o Il faut que l'institué soit une *persona turpis*, pour

que les frères et sœurs puissent intenter avec succès la *querela*. Nous avons déjà parlé de cette exigence imposée à cette seule catégorie d'héritiers, en recherchant quels étaient les parents auxquels était accordée notre action ; nous n'avons rien de plus à en dire ici et nous arrivons à l'étude de la portion légitime.

§ 2. — De la quarte légitime.

Cette nouvelle théorie s'est très certainement formée à la suite des questions soulevées par le recours à la *querela inofficiosi testamenti*. Après que les prudents eurent fait admettre que tout testateur qui sans juste cause omettrait ou exhériterait ses descendants, ascendants ou frères et sœurs serait exposé à voir annuler son testament, la question de savoir si l'institution de ces parents pour une part, si minime fut-elle, suffisait pour écarter la *querela*, dut bientôt se présenter.

Certes l'exhérédation pure et simple était au plus haut degré contraire à *l'officium pietatis* en ce qu'elle frappait moralement et matériellement ceux auxquels elle était infligée. Mais je pense que si la flétrissure qui en résultait dut paraître odieuse à un peuple profondément religieux et pénétré du culte des ancêtres, plus tard quand les sentiments de religion et de famille eurent perdu de leur vitalité première, la privation des biens de l'hérédité ne dut pas sembler moins dure que l'exclusion de la famille.

Dès lors, le testateur qui avait institué son fils par

exemple en le chargeant de legs tellement considérables qu'il ne devait rien lui rester ou presque rien après avoir acquitté ces legs ; ou bien encore celui qui instituant son fils avec d'autres héritiers lui avait assigné une part infime avaient-ils satisfait d'une manière suffisante à l'esprit de la loi ? A l'inverse il pouvait arriver comme nous l'avons déjà vu que l'exhérédation ne procédât pas d'un sentiment de haine mais au contraire du souci que prenait le testateur de l'intérêt bien entendu de son héritier en le déchargeant d'une liquidation difficile, tout en lui assurant la plus grande partie de ses biens. Dans des cas pareils ou d'autres analogues, le testament devait-il être déclaré inofficieux ?

Comme la plupart des autres règles de la *querela*, celle qui fixa la quotité de la portion qui devrait être laissée par le *de cuius* à son héritier, pour soustraire à la plainte d'inofficiosité ses dispositions testamentaires ne fut probablement pas tout d'abord établie par les prudents ; on laissait au tribunal des centumvirs la charge de décider si l'héritier avait reçu une part suffisante, ou une quotité de biens en rapport avec les forces de la succession. Plus tard à une époque qu'il est difficile de préciser exactement on détermina d'une manière uniforme la *portio legitima*. La loi Falcidia votée en l'an 714 de Rome s'était préoccupée de la situation de l'institué surchargé de legs ; c'est sur elle que paraît avoir été modelée la *legitime*, toutes deux fixant au quart la portion dont ne pourra être privé l'héritier. C'est à tort que Cujas attribue la *legitime* à Marc-Aurèle, puisque nous avons un passage de Pline le

Jeune (1) où il y est fait allusion : « Si mater, inquam, te ex parte quartâ scripsisset heredem, num queri potes ?.... Igitur sufficere tibi debet, si exheredatus a matre, quartam partem ab heredibus ejus accipias... » (Epist, 1, lib. V). Elle est donc antérieure à ce prince.

Pourquoi s'être arrêté à ce chiffre du quart ? A cette question voici ce que répond M. Accarias : « Si le père eût institué son enfant pour la totalité de sa part *ab intestat*, il aurait pu d'après la loi Falcidia, le grever de legs comme un institué quelconque, jusqu'à concurrence des $\frac{3}{4}$ de l'institution, il l'eût donc ainsi réduit au quart de ses droits d'héritier légitime. Or l'on ne pouvait pas admettre que l'enfant exhérédé eût un droit plus fort que l'enfant institué. La *quarte legitime* n'est donc qu'une émanation de la *quarte* Falcidie et l'analogie apparaît avec évidence dans la manière même dont on la calcule » (n° 355, p. 956, 4^e éd.).

Cette analogie est même si frappante que plusieurs textes semblent les confondre et appellent la *portio legitima quarte* Falcidie ; cette dénomination ne lui est cependant pas et avec raison attribuée par la généralité des auteurs. Il est à remarquer que Justinien s'est servi lui-même de cette appellation impropre. (C. h. t. L. 31). C'est surtout dans les procédés admis pour le calcul des deux *quartes* que devient évidente l'analogie et l'on peut dire que les uns ont été calqués sur les autres.

La *quarte* Falcidie avait été instituée dans le but d'intéresser l'institué au maintien du testament et de sauvegarder par là même les intérêts des légataires ;

(1) On ne connaît pas la mort de Pline, mais on sait qu'il vivait sous Trajan.

tout en paraissant contrecarrer dans une certaine mesure les volontés du testateur, elle n'en assurait pas moins leur exécution dans une large part. Elle remédiait aux dangers que pouvaient lui faire courir son ignorance de la consistance exacte de sa fortune, les changements survenus dans celle-ci, ou bien encore la confiance mal fondée dans le désintéressement de l'institué : en somme, elle visait à faire sortir au testament son effet le plus important. Tel fut bien aussi le but de la *legitime*, ce fut un moyen donné au testateur de concilier ses devoirs naturels avec ses préférences personnelles et de donner cours à celles-ci tout en restant assuré que son testament ne courrait aucun risque d'invalidation pour peu qu'il voulût se soumettre au tempéramment exigé de lui. Introduite comme la *querela* par les prudents, elle fut destinée par eux à compléter leur œuvre et à la rectifier en remédiant aux conséquences extrêmes de la *querela*.

Qu'est-ce qu'est la *legitime* ? C'est la portion de biens qui doit avoir été attribuée par le *de cuius* à certains proches parents que nous connaissons pour qu'ils soient exclus de la *querela*, même quand ils n'ont pas démerité. Aux témoignages d'Ulpien et de Justinien que nous avons relaté dans le paragraphe 1^{er} de ce chapitre, nous pouvons ajouter celui de Paul : « Quarta portio liberis præstanda est ut ab inofficiosi querelâ excludantur ». (*Sent.* lib. IV, tit. 5, § 6). Par ce moyen le testateur remplit son devoir et retire à ses héritiers légitimes le droit de se plaindre que sans cela ils auraient pu faire valoir. De là résulte que dans le cas où il a de justes griefs contre leur conduite à son égard ou contre leur moralité

en général, il n'est point obligé de leur laisser une part quelconque et peut toujours les exhériter en exposant bien entendu son testament aux chances d'un procès.

Cette part fut, comme nous l'avons vu, fixée au quart de ce qu'aurait recueilli *ab intestat* le légitimaire. Comment déterminait-on ce quart ? C'est ce que nous allons examiner. Il y a trois opérations à faire, trois opérations analogues à celles usitées pour évaluer la Falcidie. La première consiste à établir l'actif brut héréditaire : on comprend dans une même masse tous les biens corporels du défunt et toutes ses créances ; ici, comme dans le calcul de la Falcidie, il faut tenir compte des créances que le défunt pouvait avoir contre l'héritier, le plus souvent même la confusion ne s'opérera pas dans notre cas et il n'y a aucune raison de ne pas faire figurer ces créances à l'actif. La seconde opération consiste à déduire de l'actif ainsi obtenu toutes les dettes du défunt y compris celles dont son patrimoine pouvait être grevé envers l'héritier légitime, puis les frais funéraires et enfin la valeur des esclaves affranchis par le testament. Ces esclaves ne faisaient donc pas partie de l'actif net qui apparaissait à la suite de cette seconde opération et sur lequel devait être calculée la *legitime*. Le testateur dont la fortune se serait composée en majeure partie d'esclaves pouvait ainsi frustrer son héritier dans une large mesure de ce qui devait lui être attribué. Tant que subsista la loi Fufia Caninia, cet inconvénient était modéré par les limitations qu'elle imposait aux affranchissements testamentaires ; mais, après

qu'elle eût été abrogée par Justinien, le défunt avait le moyen de réduire à peu de chose ce qu'il laissait à son héritier.

Une fois l'actif net établi, il n'y avait plus qu'à prendre la quatrième partie pour savoir ce à quoi pouvait prétendre l'héritier légitime, c'était la troisième opération.

C'était au moment du décès du testateur qu'il fallait se placer pour déterminer quels étaient les biens qui composaient son patrimoine et fixer leur valeur. « Cum quæritur an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum partem mortis tempore testatos reliquit, inspicitur. » (C. L. 6 h. t.). D'où nous concluons que toutes choses formant l'objet de libéralités testamentaires telles que legs ou fidéicommiss ou bien ayant été l'objet de donations à cause de mort doivent figurer dans l'actif du défunt ; rien n'est plus logique. Mais par contre il faut admettre que tout ce qui a fait l'objet de donations entre vifs et qui est définitivement sorti du patrimoine du *de cujus* de son vivant n'entrera pas en ligne de compte pour le calcul de la *legitime* ; de sorte que les légitimaires pourront se trouver dépouillés par des aliénations à titre gratuit.

Si l'on considère combien est vif chez la plupart des hommes cet instinct inné de conservation de leurs biens (non moins que de leur personne), qui les détourne de s'en dessaisir de leur vivant, au profit d'étrangers surtout, on pourrait penser qu'il n'est pas urgent de réprimer le penchant contraire. Il semblerait aussi que si la faculté de donner doit présenter quelques abus, ceux-ci

ne doivent pas dépasser le cercle de la famille et se borneront à des préférences injustes. La corruption des mœurs à Rome à partir d'une certaine époque avait mis ces prévisions en défaut et forcé le législateur à intervenir. La plus ancienne mesure restrictive dérive d'un plébiscite, dont nous avons eu déjà l'occasion de dire quelques mots, la loi Cincia encore imparfaitement connue aujourd'hui même après la découverte des *fragmenta Vaticana* ; elle n'avait pas atteint le but qu'on s'était proposé. Cette loi n'intéresse en rien le calcul de la *quarte legitime* ; mais après que l'empereur Sévère eût permis d'attaquer comme inofficieuses les donations entre-vifs qui entouraient la *legitime*, il fallut faire subir une modification au mode de calcul que nous avons indiqué. Dès lors, il fallut réunir d'une manière fictive les biens dont le testateur s'était dépouillé par donations entre-vifs à ceux qu'il laissait dans son patrimoine au jour de son décès ; puis de la masse brute ainsi composée on déduisait comme ci-dessus les dettes, les frais funéraires et les affranchissements. Nous devons noter ici que la constitution de Sévère n'avait autorisé la plainte d'inofficiosité à l'encontre des donations excessives que dans les cas où le défunt avait laissé un testament et ne l'avait pour ainsi dire introduite que comme corollaire à la *querela inofficiosi testamenti* qu'elle était destinée à compléter ; en l'année 258, les empereurs Valérien et Gallien l'étendirent aux successions *ab intestat*, ceci résulte d'une constitution qui se termine ainsi : « Sed ad intestatos quoque eadem ratio æquitatis extenditur. » (C. L. 3, III, 29). Ce n'était

du reste que quand les donations étaient inofficieuses qu'il fallait en tenir compte pour le calcul de la *legitime*.

Par contre le testateur pouvait-il obliger son parent à imputer sur sa *quarte* les donations entre-vifs dont il l'avait gratifié ? Il était admis que, si le défunt n'avait exprimé aucune volonté à ce sujet, le légitimaire pouvait intenter la *querela* et faire tomber le testament qui ne lui attribuait pas sa *quarte*. Tel était le principe : c'était par acte de dernière volonté que devait être laissée la *quarte*. Mais répondant à la question que nous avons posée, Ulpien décidait que l'imputation devait avoir lieu lorsque le donateur avait imposé cette condition : « Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur ; potest dici inofficiosi querelam cessare, si quartam in donatione habet ; aut si minus habet, quod deest boni viri arbitrato repleatur ; aut certe conferri oportere quod donatum est. » (D. L. 25, pr. h. t.). A ce texte d'Ulpien on en oppose deux autres qui paraissent contraires, mais en les examinant d'un peu plus près on s'aperçoit qu'ils ne prévoient pas notre espèce. Paul (*Sent.* § 8, h. t.) dit que le pacte par lequel un fils s'engagerait envers son père à ne pas attaquer son testament ne l'empêchera pas d'intenter la *querela*. Papinien (D. L. 16, XXXVIII, 16) statue sur une hypothèse se rapprochant davantage de notre cas et suppose qu'un père en constituant une dot à sa fille lui a dans le contrat de mariage imposé cette condition, *ne quid aliud ex hereditate speraret*, c'est-à-dire qu'il lui interdit de rien réclamer au-delà de ce qu'il lui donne ; cet engagement

n'a aucune valeur. Nous pensons qu'on peut concilier ces textes si on veut remarquer que Paul et Papinien ne disent pas que le légitimaire a reçu sa *quarte* entière ou peut la faire compléter ; ce qu'ils semblent donc proscrire c'est un pacte aléatoire et une renonciation anticipée au bénéfice de la *querela*, plutôt que l'imputation sur la *quarte* des donations faites par le père de son vivant à ses héritiers. Il est un autre texte de Justinien inséré au Code (L. 35 § 1 et 2, h. t.) qu'on oppose aussi à celui d'Ulpien ; dans le paragraphe 1, l'empereur nous semble également ne viser que l'interdiction de renoncer à la *querela* par anticipation et confirme l'opinion de Papinien sur ce point, dans le paragraphe 2 au contraire c'est bien l'imputation de ce qu'un légitimaire aurait accepté en avancement d'hoirie qu'il vise. Il décide qu'aucune transaction ne pourra valablement intervenir touchant l'imputation des biens donnés entre-vifs avant la mort du donateur. Les termes dont se sert Justinien indiquent qu'il y avait eu jusqu'à lui hésitation sur cette matière, mais la controverse portait-elle seulement sur la faculté de renoncer à la *querela* ou sur les deux points à la fois ? C'est ce qu'il est difficile de préciser.

Il est tout au moins quelques cas particuliers dans lesquels l'imputation fut admise : l'empereur Zénon par exemple dans une constitution insérée au Code de Justinien (L. 29, h. t.) décida que les biens formant l'objet d'une *donatio ante nuptias* de même que ceux constitués en dot seraient imputables sur la *quarte* et Justinien lui-même ordonne (C, L. 30, § 2, h. t.) l'imputation sur la légitime des valeurs fournies par le défunt

pour l'achat d'une *militia*, exonérant toutefois de cette obligation les *silentarii* de son palais.

Pour en finir avec l'évaluation de la *legitime* nous avons encore à traiter une question des plus ardues, celle de la computation des légitimaires, mais avant de l'aborder il nous faut dire quelques mots d'une autre question qui a bien aussi son importance. Il s'agit de savoir si l'on doit tenir compte des variations qui ont pu survenir dans la fortune du défunt depuis la confection de son testament. Nous avons vu plus haut une constitution d'Antonin le Pieux (C. L. 6, h. t.), qui nous a indiqué que c'était au moment du décès, « *mortis tempore* », que la *quarte* devait être calculée. Il n'y a donc pas à tenir compte des améliorations ou des diminutions postérieures à la mort du testateur et rien n'est plus juste, car autrement celui-ci ne serait jamais assuré de la validité de son testament qui serait à la merci d'événements qu'il n'aurait pas pu prévoir. Quant aux changements qui pouvaient se produire entre la confection du testament et le décès du testateur, c'était le contraire ; et le légitimaire aurait eu le droit de se plaindre si le *de cuius* n'avait pas pris soin de modifier son testament et de rétablir sa *quarte* d'après les diminutions subies par les biens qui lui avaient été attribués. Quant aux améliorations et aux pertes survenues à ces biens depuis la mort, le bénéfice comme aussi la diminution profitait ou incombait au légitimaire, comme nous venons de le dire, en sorte qu'il pouvait arriver qu'en définitive il recueillît plus ou moins que sa *quarte*, telle qu'elle se serait comportée au moment du partage

ou de la délivrance d'un legs ou de la restitution d'un fidéicommiss.

Dans le calcul de la *legitime*, le nombre des légitimaires, leur degré et leur ordre sont autant de facteurs qui ont une influence sur sa détermination. Si nous nous attachons plus particulièrement à l'ordre des descendants, nous voyons que le calcul se fait par têtes au premier degré et par souches aux degrés subséquents ; ce point qui ne soulève pas de controverse nous est indiqué par Ulpien dans un passage où nous trouvons d'autre part le nœud d'une difficulté célèbre. Quels sont les enfants qui doivent faire nombre, *partem facere*, pour la détermination de la *legitime* ? On est d'accord pour admettre que les enfants qui ont été institués héritiers, ceux qui bien qu'exhérédés ont été pourvus de leur *legitime* par leur père et aussi les exhérédés qui ont recours à la *querela* pour obtenir leur part héréditaire doivent être comptés ; ceux qui au contraire ont été régulièrement et pour de justes motifs exhérédés n'entrent pas en ligne de compte. Mais que faut-il décider quant à ceux qui pouvant se plaindre renoncent à la *querela* ? s'ils font nombre, ils diminueront d'autant la part des autres légitimaires et ce qu'ils auraient pris viendra augmenter au contraire celle de l'institué. Il y a donc dès à présent un sérieux intérêt à trancher la question, mais cet intérêt deviendra encore plus pressant après les réformes de Justinien ; nous verrons en effet que ce prince modifia dans la *novelle* 115 le taux de la *legitime*, le faisant varier dans de certaines proportions avec le nombre des enfants.

Le texte d'Ulpien, que nous avons mentionné tout à l'heure, semble bien affirmatif et s'appuie sur l'autorité de Papinien ; voyons ce qu'il dit : « Quoniam autem quarta debitæ portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit an exheredatus partem faciat, qui non queritur : utputa, sumus duo filii exheredati ? et utique faciet, ut Papinianus respondit, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes ; ex uno plures, tres puta, ex uno unus ; unicum, sesuncia ; unum ex illis, semuncia querela excludit ». (D. L. 8, § 8, h. t.). Ainsi l'enfant exhéredé, qui ne veut pas entamer la plainte d'inofficiosité, fait nombre contre les autres légitimaires ; cela paraît découler bien clairement du passage précité ; malheureusement les commentateurs se trouvent embarrassés par d'autres textes de Paul et de Papinien lui-même insérés plus bas à notre titre du *Digeste* (Paul, L. 17 pr. et L. 23 § 2 ; Papinien L. 16, pr.). Ces derniers fragments sont en contradiction formelle avec celui d'Ulpien ; voici en effet ce que nous y lisons : « Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere volunt » ; ou encore « Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerunt et unus postea constituit non agere, pars ejus alteri aderescit » ; ou bien enfin « Filia quæ non egit, aut non obtinuit, in hereditate legitima fratri non concurrat. »

Pour concilier ces textes en apparence si opposés, il faut admettre qu'ils ne visent pas des hypothèses sem-

blables ; tandis que Paul et Papinien en dernier lieu examinent la situation d'enfants totalement privés de la succession de leur père, Ulpien s'attacherait particulièrement au cas d'un enfant qui a été exclu du testament après avoir reçu sa *legitime*. Cette explication est plausible et telle nous paraît être l'hypothèse posée par Ulpien ; mais alors il faut reconnaître que cette solution restreint considérablement le principe qu'on voulait étayer sur le fragment de ce jurisconsulte, savoir que la part du renonçant à la *querela* n'accroît pas à celles des autres légitimaires. C'est le contraire qui se produira chaque fois que des enfants exclus sans avoir reçu leur *legitime* renonceront à la *querela* qui leur appartenait ; dans ces cas, ils ne feront pas nombre et leur part accroîtra à ceux qui auront droit à la *querela* dans la proportion où leur présence leur aurait nui. Il y aura de même lieu à accroissement, lorsqu'un légitimaire, après avoir mis en mouvement la *querela*, se désistera ou sera débouté pour avoir laissé passer le délai, ou encore se verra repoussé comme ayant été justement exhéredé. Il est vrai que dans ces derniers cas ce n'est plus d'un renonçant qu'il s'agit mais d'un véritable exhéredé pour juste cause et nous avons dit déjà que celui-ci ne faisait pas nombre.

Il est encore au sujet de la *legitime* une question très discutée par les commentateurs qui porte sur le point de savoir si elle était *pars bonorum vel pars hereditatis*. Si nous consultons les textes, il est assez difficile de découvrir quelle a été la doctrine romaine, car tandis que beaucoup l'appellent *pars bonorum*, il en est qui la

traitent de *pars hereditatis* et entre autres un passage des *Institutes* de Justinien (liv. II, tit. 18 § 3). Si l'on considère qu'elle peut être laissée sous forme de legs, de fidéicommiss ou de donation, on ne peut guère contester que dans ces cas il soit impossible de la regarder comme une portion de l'hérédité. On a invoqué dans le même sens c'est-à-dire pour en faire une part des biens un passage d'Ulpien (Loi 8, § 9, h. t.) qui dit que la *legitime* doit être reçue *deducto aere alieno* ; mais cet argument ne nous paraît pas topique, car ce passage vise simplement le calcul de la *legitime* mais ne veut pas dire que le légitimaire ne puisse être tenu des dettes en qualité d'héritier. Du reste personne, croyons-nous, ne va jusqu'à donner au légitimaire le droit de concourir avec les créanciers de la succession sur les biens laissés par le défunt ; pour lui évidemment il n'y a de biens que ce qui reste après l'acquittement de toutes les dettes.

On a objecté à l'opinion, qui fait de la *legitime* une *pars bonorum*, que pour celui qui n'a pas reçu sa *quarte* le moyen de faire valoir son droit est une pétition d'hérédité et on en a conclu qu'il fallait être héritier pour agir.

Nous pensons qu'en général la *legitime* était plutôt envisagée comme une *pars bonorum* mais que les jurisconsultes romains n'ont point eu sur ce point un système exclusif et arrêté ; aussi adoptons-nous l'opinion de ceux qui avec Vinnius considèrent que la *legitime* était tantôt une *pars hereditatis* et tantôt une *pars bonorum*, suivant qu'elle était laissée par institution d'héritier ou par un autre mode :

Il pouvait arriver que l'héritier n'eût pas reçu sa *legitime* entière et que pourtant il ne fût pas admis à la *querela* ; c'était quand la volonté du testateur avait été de la lui laisser mais il fallait pour cela dans le droit classique qu'il eût manifesté son intention en déclarant qu'au cas où la portion donnée ne serait pas suffisante elle devrait être complétée *boni viri arbitrato*. Le légitimataire avait alors une action en complément. Justinien alla plus loin et décida que la volonté du testateur serait toujours sous-entendue et que chaque fois qu'il aurait laissé quelque chose à son héritier, celui-ci ne pourrait que demander le complément. L'action en complément est très différente de la *querela*, en ce qu'elle ne fait pas tomber le testament qui sera exécuté dans toutes ses dispositions et sur tous les biens, défalca-tion faite de ce qu'aura absorbé cette action. Elle en diffère encore sur plusieurs points et se rapproche d'une action ordinaire en ce qu'elle n'est pas limitée à un court délai, en ce qu'elle passe aux héritiers de l'ayant-droit qui ne l'aurait pas entamée et n'empêche pas le légitimataire de réclamer les legs à son profit contenus dans le testament, tous points contraires à la *querela* comme nous le verrons. Enfin elle est personnelle contre l'ins-titué et ne peut être assimilée à une *petitio hereditatis*.

Nous voici ramenés, après cette digression indispen-sable sur la *legitime* que nous avons abrégée le plus pos-sible, à l'étude spéciale de notre action. Dans le chapitre suivant nous allons examiner quels en étaient les effets.

CHAPITRE V

EFFETS DE LA QUERELA.

Nous supposons que l'action du légitimaire a été reconnue admissible ; sa plainte était fondée et la preuve que le testateur avait manqué à ses devoirs en l'omettant ou en l'exhérédant est résultée des débats. Dans ce cas, l'effet le plus immédiat qui se conçoit naturellement est la caducité du testament contraire à l'*officium pietatis* ; et c'est en effet à ce résultat très grave mais logique qu'aboutit la *querela*.

Nous allons examiner toutes les conséquences qu'entraîne la chute du testament. Tout d'abord le *de cujus* est réputé mort *intestat* : *patremfamilias intestatum facit*, suivant l'expression d'Ulpien ; la succession *ab intestat* s'ouvre donc au profit de l'héritier légitime et, ce qui est digne de remarque, cet héritier appelé à en bénéficier ne sera pas toujours celui qui aura intenté l'action, si ce dernier n'y avait pas droit et a pourtant triomphé parce qu'il n'a pas rencontré un adversaire qui se donnât la peine de le contredire. C'est encore Ulpien qui nous l'apprend au même endroit : « Si quis ex his personis, quæ ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit (nemo enim eum repellit),

et casu obtinuerit, non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem : nam intestatum patrem-familias facit ». (L. 6, § 1, h. t. *Dig.*). Le jugement intervenu sur l'instance, produit donc en quelque sorte un effet absolu, tandis que d'ordinaire l'effet de la chose jugée est purement relatif et limité aux personnes des parties en cause ; nous avons eu déjà précédemment l'occasion de signaler cette dérogation à la règle : *res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest*.

Le *querelâns* a obtenu gain de cause et c'est l'héritier légitime en ordre utile pour intenter l'action qui en recueille le bénéfice. Il va sans dire que pour qu'il en soit ainsi, il faut que cet héritier n'ait pas renoncé à la *querela* et qu'il se trouve dans les conditions exigées pour son admission. Quelques-uns ont refusé de voir dans ce résultat une anomalie et ont proposé une explication qui sauvegarderait le respect de la règle ci-dessus : l'acquisition de la succession au légitimaire y ayant droit ne serait pas un effet immédiat du procès gagné par un tiers et ne résulterait que de la *petitio hereditatis* intentée ensuite contre ce dernier. Cette hypothèse est très raisonnable mais ne paraît nullement être celle de notre texte, auquel nous devons nous en tenir. Du reste cette dérogation n'est pas la seule qui fasse brèche à la règle en question : en poursuivant l'examen des effets de notre action, nous allons voir que les légataires et les esclaves affranchis quoique n'étant pas parties présentes au procès n'en subissent pas seulement le contre-coup mais bien l'effet direct.

Mais écartant pour l'instant cette particularité nous revenons à l'hypothèse la plus commune : l'hérédité est acquise au *querelans* qui recueillera tout l'actif et assumera la charge de tout le passif et par là même l'institué se trouve privé de l'un et déchargé de l'autre. Les créances et les dettes de celui-ci vis-à-vis de la succession qui s'étaient trouvées éteintes par confusion revivront désormais comme s'il n'avait point fait adition (Paul, D. L. 21, § 2, h. t.). La *querela* admise détruit donc l'adition faite par l'institué ; bien mieux elle anéantit la possession de biens *contra tãbulas*, cette conséquence qui peut surprendre au premier abord est parfaitement logique puisque le testament contre lequel cette possession de biens avait été accordée est lui-même anéanti. Papinien prévoit une hypothèse de ce genre (D. L. 16, § 1, h. t.) : c'est un père qui a obtenu la possession de biens contre le testament de son fils, mais une fille de ce dernier par lui exhérédée obtient la rescision du testament pour inofficiosité ; l'hérédité toute entière doit lui être restituée, nous dit le jurisconsulte.

Nous savons que les Romains faisaient dépendre toutes les dispositions d'un testament de l'institution qui en était la tête ; celle-ci tombant, c'était le testament décapité, c'étaient toutes les dispositions effacées. Les legs suivent l'institution dans sa chute, les affranchissements tombent avec elle, tout est anéanti. Si les legs ont déjà été acquittés, c'est à tort qu'ils ont été payés et il y aura lieu à la *condictio indebiti* ; ici s'élève une difficulté : à qui appartient la *condictio* ? Il faut voir l'intérêt de la question qui est celui-ci : l'institué peut-il être

rendu responsable envers l'héritier de l'insolvabilité des légataires ? a-t-il commis une faute en payant les legs ? des rescrits d'Adrien et d'Antonin le Pieux avaient tranché la difficulté au moyen d'une distinction, d'après ce que nous apprend Ulpien (D. L. 8, § 16, h. t.). Si le paiement a été effectué avant le procès, c'est au *querelans* victorieux qu'il appartient d'exercer la répétition et par conséquent c'est à lui qu'incombent les risques de l'insolvabilité des légataires ; dans ce cas, l'institué se libérera en cédant au légataire la *condictio indebiti*, en le constituant *procurator in rem suam*. Et même le légataire eut à sa disposition une *condictio indebiti utilis*, ce qui dès lors rendait la cession superflue, en vertu des rescrits ci-dessus énoncés. Si au contraire l'*heres scriptus* n'avait payé les legs qu'après l'introduction de l'instance, il devenait responsable et subissait les conséquences de l'insolvabilité des légataires. Cette distinction était parfaitement justifiée, car tant que l'héritier légitime n'avait pas manifesté l'intention d'attaquer le testament, l'institué devait être tenu comme étant de bonne foi ; et nous savons que d'après le sénatus-consulte Juventien les possesseurs de bonne foi d'une hérédité n'étaient redevables des choses héréditaires que jusqu'à concurrence de leur enrichissement, tandis que les possesseurs de mauvaise foi étaient indéfiniment responsables. L'assimilation de la *querela* à l'*hereditatis petitio* conduisit naturellement à appliquer les mêmes règles.

Mais il faut tenir compte ici d'une règle qui devait en fait bien souvent s'opposer à l'exercice de la *condictio indebiti*. Nous savons en effet que cette action n'était pas rece-

vable pour répéter ce qui avait été payé indûment lorsque le refus de payer, aurait exposé le défendeur à une condamnation au double. Or précisément l'action *ex testamento* aboutissait à une condamnation au double dans certains cas ; c'était lorsque la chose réclamée était un objet certain ou une quantité déterminée, et que cette chose avait été léguée *per damnationem*, il fallait de plus bien entendu que l'héritier poursuivi niât son obligation.

Voici ce que nous lisons dans les *Commentaires* de Gaïus : « Item si legatum per damnationem relictum heres inficietur, in duplem cum eo agitur. » (*Com.* II, § 282). — Justinien étendit dans un sens les cas où la condamnation pouvait être doublée en attribuant cet effet à la simple mise en demeure de l'héritier et en ne tenant plus compte de l'objet et de la forme de la libéralité, mais d'autre part il restreignit cette conséquence aux libéralités adressées aux églises et à quelques établissements privilégiés (*Liv.* IV, tit. 6, § 19). — Nous pensons que cette règle devait faire obstacle à la répétition, au moyen de la *condictio indebiti*, des choses léguées *per damnationem*, consistant en *un certum* et payées par l'*heres scriptus*.

On peut se demander aussi pourquoi l'héritier légitime était obligé de recourir à la *condictio indebiti*, quand dans bien des cas la revendication lui aurait été plus utile : c'est que le succès de la *querela* n'effaçait pas rétroactivement le titre de l'institué et les actes qu'il avait faits jusque là demeuraient valables en principe, comme ayant été régulièrement faits. Il fallait

pourtant bien venir au secours du légitimaire, et c'est pourquoi on lui avait accordé une *condictio indebiti utilis*.

Par une exception en faveur de la liberté, les affranchissements fidéicommissaires étaient maintenus, mais à la charge pour chaque affranchi de payer au légitimaire la somme de vingt sous d'or, prix moyen d'un esclave (1). La faveur accordée à la liberté, avait fait encore admettre une autre dérogation concernant même les affranchissements directs : dans les cas exceptionnels où la *querela* était admise *ex magnâ et justâ causâ* après l'expiration du délai de cinq ans, tout affranchissement était également maintenu, moyennant le paiement de la somme de vingt sous d'or par l'intéressé (2). Ces dérogations partielles à la règle qui soumettait à l'institution toutes les autres dispositions du testament, dérivait d'un esprit de transaction familial au législateur romain.

Voici une autre exception plus absolue, qui tient à une cause particulière : une mère croyant à tort son fils décédé avait institué d'autres héritiers ; l'empereur Adrien décida dans ce cas, que l'hérédité appartiendrait au fils qui devrait acquitter les legs et observer les affranchissements (3). Ici à vrai dire on n'est pas en présence d'un testament inofficieux, bien que la ressource d'agir par la *querela* eût été accordée au fils (4) ainsi que nous l'avons vu.

(1) Modestin. *Dig.* v. 2. Loi 9.

(2) Ulpien. *Dig.* v. 2. L. 8, § 17.

(3) Paul. *Dig.* v. 2. L. 28.

(4) Ulpien. *Dig.* v. 2. L. 27, § 4.

••••• ()

Enfin c'est ici l'occasion de rappeler ce que nous avons déjà dit : les légataires et les fidéicommissaires se trouvaient bien représentés par l'institué, mais ils avaient le droit d'intervenir aux débats et d'appeler de la sentence, lorsque l'institué n'avait pas résisté à la demande de l'héritier ou ce qui revenait au même lorsque par une collusion coupable il n'avait opposé qu'une résistance de pure forme.

Il faut admettre aussi que le *querelans* devient héritier de plein droit ; il serait étrange en effet qu'après avoir réclamé l'hérédité il conservât la faculté de la repousser ; il n'y a donc pas à distinguer s'il est *suus* ou simplement héritier externe, car on peut considérer le recours à la *querela* comme une sorte d'addition.

Jusqu'ici nous nous en sommes tenu à l'hypothèse la plus simple, celle d'un seul héritier aux prises avec un seul institué d'un testament rescindé pour le tout. Nous allons maintenant nous placer en face d'autres hypothèses un peu plus compliquées, d'où résultera la rescision partielle du testament avec cette conséquence remarquable que le défunt se trouvera en fin de compte *partim testatus et partim intestatus*. Les cas où cette éventualité peut se produire sont fréquents, prétend Ulpien qui cite celui où un frère intente la *querela* contre un testament qui a institué des héritiers *diversi juris*, c'est-à-dire dont l'un est une *persona turpis* et l'autre une *persona integræ existimationis*. (1) De son côté, Papinien prévoit qu'un fils peut triompher dans sa de-

(1) Ulp. *Dig.*, v. 2, l. 24.

mande contre un institué et échouer contre un autre. (1) Il faut supposer pour cela que les deux affaires ont été portées devant des juges différents ou bien encore dans deux instances différentes quoique devant les mêmes juges. Remarquons en passant que les deux jurisconsultes envisageant le résultat ne disent pas que le défunt est mort *intestat* mais qu'il paraît *videtur intestatus*. On peut encore supposer avec Papinien (2) que de plusieurs héritiers, un frère et une sœur par exemple, qui ont intenté la *querela* l'un a obtenu gain de cause tandis que l'autre a échoué.

Voyons ce qui arrive dans tous ces cas lorsque le testament est annulé pour partie. Le légitimaire se trouve être le co-héritier de l'institué et dans l'indivision avec ce dernier, il peut en sortir par les moyens ordinaires et en ceci nous ne voyons aucune difficulté. L'exécution des legs peut donner lieu à des situations plus délicates : s'ils peuvent être exécutés pour partie, les légataires s'adresseront à l'institué qui les acquittera jusqu'à concurrence de sa part et tout sera terminé ainsi puisque le légitimaire ne leur doit rien; si au contraire la prestation qui fait l'objet du legs est indivisible, le légataire pourra l'exiger de l'institué si le légitimaire consent bénévolement ou contre indemnité à fournir la part qui aurait été à sa charge, sinon le légataire devra se contenter d'une indemnité proportionnelle à la portion de l'hérité recueillie par l'institué et que lui devra ce dernier. Telle est la décision formulée par Papinien à propos

(1) Papin., *Dig.*, v. 2, l. 15, § 2.

(2) Papin., *Dig.*, v. 2, l. 16 Pr.

d'un legs de servitude dans un testament que le fils de la testatrice avait fait rescinder pour partie (D. Lib. XXXI, L. 76 Pr. *De leg.* 2°).

Quant aux affranchissements, chose essentiellement indivisible, nous rencontrons ici encore une solution favorable à la liberté : le même fragment de Papinien que nous venons de citer nous indique qu'on avait admis qu'ils subsisteraient en entier malgré l'annulation partielle du testament.

Nous nous sommes étendus sur les effets de la rescision du testament quant aux legs et aux affranchissements parce que ces dispositions étaient les plus communes, mais le même sort atteignait toutes autres dispositions telles que fidéicommiss, nominations de tuteurs, substitutions pupillaires, codicilles et en un mot toutes dispositions dernières se rattachant au testament. Au contraire les dispositions entre-vifs qu'avait pu faire le défunt subsistaient en tant du moins qu'elles n'étaient pas elles-mêmes entachées d'inofficiosité.

Nous avons examiné les effets de la *querela* en supposant que la plainte avait été reconnue fondée et c'est assurément alors qu'elle produisait les effets les plus considérables, mais le procès pouvait avoir une issue défavorable pour le *querelans* et dans ce cas la perte ne se bornait pas pour lui au rejet de sa demande, elle entraînait de plus graves conséquences que nous allons voir.

On considérait que l'héritier qui avait soulevé à tort une action motivée comme l'était celle-ci sur l'insanité d'esprit du défunt auquel il reprochait l'oubli de ses

devoirs, s'était rendu coupable envers la mémoire de celui-ci d'une irrévérence et d'un manque de respect dont il devait être puni. Le châtiment consistait à retourner contre lui la prétention qu'il avait émise de faire tomber les dispositions du testament et en effet toutes celles qui avaient été dictées en sa faveur ne recevaient pas d'exécution. Il avait prétendu que le testament violait les règles de la morale, il ne pouvait être admis à en tirer aucun bénéfice ; c'était là, pensait-on, une juste réciprocité. Les libéralités qui lui avaient été conférées par le testateur étaient attribuées au fisc, qui en général recueillait les biens départis aux indignes.

« *Meminisse autem oportebit eum, qui testamentum inofficiosum improbè dixit, et non obtinuit: id, quod in testamento accepit, perdere, et id fisco vindicari, quasi indigno ablatum; sed ei demum aufertur, quod testamento datum est, qui usque ad sententiam iudicium lite improba perseveravit: cœterum, si ante sententiam destitit, vel decessit, non ei aufertur quod datum est. Proinde et si absente eo secundum præsentem pronuncietur, potest dici conservandum ei quod accepit* ». (D. L. 8, § 14, h. t.).

Ce fragment d'Ulpien témoigne bien de ce que nous disions et nous fait savoir en outre qu'on laissait au légitimaire la faculté de se repentir et d'écarter les conséquences de l'échec de son action jusqu'au jugement. On se montrait même assez indulgent à son égard car nous voyons qu'on assimilait son décès à un désistement et qu'on lui laissait encore le bénéfice des libéralités dont il avait été gratifié, s'il faisait défaut avant la sentence.

De même aussi le légataire qui succombait dans une action qu'il n'avait pas engagée lui-même mais qu'il n'avait fait que continuer comme héritier du *querelans*, n'était pas privé des legs qui lui avaient été adressés (1).

A plus forte raison aucune déchéance n'était-elle encourue par celui qui n'avait pas agi dans son propre intérêt comme le tuteur prenant en main les intérêts de son pupille et agissant pour le compte de celui-ci, c'est ce que nous dit Justinien dans ses *Institutes* (Lib. II, tit. 18, § 5), et ceci n'est que rigoureusement juste. Il faut en dire autant du père qui avait intenté l'action au nom de son fils contre le testament de la mère de ce dernier (2), quoiqu'on puisse trouver que dans ce cas le père soit directement intéressé au succès de la *querela*. On voit que de larges tempéraments venaient réduire la portée de la peine infligée au plaideur téméraire dans la *querela*.

L'effet du rejet de la *querela* était donc de faire exécuter le testament dans toutes ses dispositions sauf celles qui devaient profiter à l'héritier personnellement ; en sorte que si celui-ci a été chargé d'un fidéicommiss, il subsistera et devra recevoir son exécution, seulement le *querelans* ne pourra pas retenir la *quarte* Pégasienne ; les legs dont il aurait été grevé subsisteront également mais il perdra le bénéfice de la Falcidie. Il est un cas cependant où le *querelans* quoique debouté de sa demande conservera un émolument dans l'hérédité du défunt, c'est quand ayant été adrogé impubère il a droit

(1) Tryph. D. v. 2, l. 22, § 2.

(2) Tryp. L. 22, § 1, h. t.

à la *quarte* Antonine, qui est plutôt une dette de la succession une libéralité du défunt (1). On considérerait probablement aussi que si l'adrogeant avait de justes griefs contre l'adrogé, il aurait dû les faire de son vivant et recourir à l'émancipation.

Enfin notons pour terminer que l'échec de la *querela* ne faisait pas obstacle à l'introduction d'une autre action ; une constitution des empereurs Sévère et Antonin prononce que l'hérédité peut être revendiquée à un autre titre sans qu'on puisse opposer l'effet de la chose jugée (C. III, 31. L. 3).

(1) Ulp. L. 8, § 15, h. t.

CHAPITRE VI

DES CAUSES QUI FAISAIENT CESSER LE DROIT A LA QUERELA.

Nous avons étudié dans un chapitre précédent quel était le concours des conditions nécessaires pour que l'héritier légitime fût admis à intenter la *querela* ; nous allons voir maintenant par quelles circonstances, en supposant qu'il réunit toutes les conditions requises, il pouvait perdre le droit qui était né en sa personne avant de l'avoir consommé, du moins sous forme d'action en justice.

Toutes ces causes présentent ce caractère commun qu'elles dénotent chez le légitimaire l'intention de s'abstenir ou tout au moins qu'elles permettent de douter de sa volonté d'agir. Cette abstention peut être intéressée ou sans compensation.

On ramène communément à trois principales les causes d'extinction de la *querela* ; ce sont la mort du légitimaire exhéredé, l'expiration d'un certain délai et la renonciation ; mais cette dernière cause peut se subdiviser en plusieurs autres et nous verrons qu'on avait été amené à l'induire de circonstances très variées, elle n'est pas particulière dans son principe à notre action si quelques-unes de ses applications ne se rencontrent

que chez elle, tandis que les deux premières causes prêtent à la *querela* un cachet tout spécial et précisent son analogie avec l'action d'injures, analogie que nous avons signalée en étudiant les caractères de cette action.

Nous examinerons séparément ces trois causes :

1^o *Mort de l'exhérédé*. — En droit commun les héritiers peuvent exercer les actions qui appartenaient à leur auteur et que celui-ci leur transmet en mourant avec le reste de son patrimoine. Nous savons que par exception l'action d'injures était personnelle à l'offensé et qu'elle ne passait à ses successeurs que si lui-même l'avait intentée et poursuivie jusqu'à la *litis contestatio* ; on semblait considérer que l'offense n'existait et qu'elle n'était punissable que si la victime l'avait ressentie et avait témoigné par des actes la ferme volonté d'en obtenir réparation.

L'idée est ici la même au fond, seulement on se montrait moins exigeant dans les conditions nécessaires à la transmission, on n'exigeait pas que le *querelans* eût mené l'action jusqu'à la *litis contestatio*, pas même qu'il l'eût engagée et ses héritiers étaient admis à l'introduire eux-mêmes, pourvu qu'il l'eût préparée et qu'il eût manifesté son intention d'agir : « Si pater tuus post litem contestatam, vel postquam propositum habuisset inofficiosum fratris testamentum dicere, te herede relicto decessit : causam cœptam vel quocumque modo illi placitam exequi non prohiberis. » (Antoninus, C. L. 5, h. t.). Cependant il était nécessaire que l'exhérédé eut persévéré dans son intention jusqu'à son décès, sans quoi la transmission n'avait pas lieu : « non enim sufficit litem ins-

tituere, si son in ea perseveret » affirme Papinien (D. L. 15, § 1 *in fine* h. t.). Justinien alla plus loin et par une constitution que nous avons eu déjà l'occasion de voir à propos d'une autre question décida que le fils exhéredé, qui viendrait à mourir pendant que l'institué délibérerait, transmettrait son action à ses descendants. (C. L. 34, h. t.).

Ce que nous venons de dire ne s'applique qu'à l'action qui appartenait personnellement au légitimaire décédé ; par l'effet de la dévolution la *querela* pouvait passer aux héritiers subséquents et peu importait à leur égard que l'héritier premier en ordre utile eût ou non préparé l'instance, puisqu'ils avaient une vocation propre qui leur permettait d'agir de leur chef.

2° *Expiration du délai.* — Comme l'action d'injures la *querela* était temporaire et devait sous peine de déchéance être exercée dans un délai déterminé ; il est vrai que le délai était différent et sensiblement plus long puisqu'au lieu d'être limité à une année il avait été porté à cinq, néanmoins l'extinction de l'action par un certain laps de temps procède bien du même point de vue. On se croyait autorisé à conclure de l'inaction de l'intéressé soit qu'il n'avait pas ressenti l'injure, soit qu'il l'avait pardonnée.

On peut croire d'après un passage de Pline qu'à l'origine ce délai était plus court et ne durait que deux ans : « Scis jam biennium transiisse omniaque me usucepisse » (*Epist.* V, 1) ; mais c'est le seul document qu'on ait sur ce point et nous ne pouvons fixer l'époque à laquelle le changement aurait été opéré.

Ce qui est incontestable, c'est que dans certains cas la *querela* pouvait être admise pour de graves motifs *ex magnâ et justâ causâ*, même après le délai de cinq ans écoulé. Nous avons vu que les esclaves affranchis n'étaient point dans ces cas de nouveau réduits à la servitude, mais qu'ils restaient libres sous la charge de payer au *querelans* une certaine somme.

Il paraît que les jurisconsultes de l'époque classique n'étaient pas d'accord sur le point de départ du délai ; tandis que Modestin le faisait courir du jour de la mort du testateur, Ulpien le reculait jusqu'au jour où l'institué avait fait adition. Justinien en rapportant cette divergence déclare qu'il sanctionne l'opinion de celui-ci et en même temps fixe un délai à l'institué pour faire adition ; ce délai est de six mois si les deux parties sont domiciliées dans la même province et d'une année si elles habitent des provinces différentes (1).

Lorsque l'héritier exhéredé attaquait le testament par deux actions prétendant qu'il était irrégulier et de plus qu'il était inofficieux, la prescription de cinq ans restait suspendue tant que durait le premier procès (2).

Si par ces deux premières causes d'extinction, la *querela* se rapprochait de l'action d'injures, c'était au contraire deux points par lesquels elle différait de la *petitio hereditatis* qui était perpétuelle et transmissible sans condition d'aucune sorte aux héritiers de l'ayant-droit.

3^o *Renonciation*. — Dans cette troisième cause nous

(1) C. L. 36, § 2, h. t.

(2) C. L. 16, h. t.

comprendrons plusieurs autres modes d'extinction, tels que la transaction, le désistement, l'approbation des dispositions testamentaires.

La renonciation peut être soit pure et simple, soit consentie en échange de quelque avantage, elle peut aussi être expresse ou tacite seulement, directe ou indirecte. C'est un exemple de renonciation indirecte que nous fournit Paul dans l'espèce suivante: « Si hereditatem ab heredibus institutis exheredati emerunt, vel res singulas, scientes eos heredes esse, aut conduxerunt prædia, aliudve quid simile fecerunt, vel solverunt heredi quod testatori debebant, iudicium defuncti agnoscere videntur, et a querela excluduntur. » (D. L. 23 § 1 h. t.). Tous ces faits impliquent reconnaissance de la volonté du testateur, *iudicium defuncti agnoscere videntur*.

La renonciation pouvait se produire sous bien des formes différentes, elle n'était soumise à aucune solennité, mais cependant pour être valable elle devait réunir certaines conditions. Ainsi il fallait qu'elle fût postérieure au décès du testateur pour qu'elle fût considérée comme librement consentie: le pacte intervenu entre le testateur et l'exhéredé était non avenu (1). On n'admettait pas non plus qu'elle pût émaner d'un mineur de vingt-cinq ans (2).

La transaction est un moyen de couper court à un procès et l'on conçoit qu'on y dut recourir dans un procès coûteux et périlleux comme l'était celui d'inofficio-

(1) Paul. *Sent.* IV, tit. 5, § 8.

(2) Alex. Sév. C. L. 8 § 1, h. t.

sité. Mais la transaction ne figurait pas parmi les contrats sanctionnés par le Droit romain, c'était donc un *pactum nudum*, c'est-à-dire non pourvu d'action et ne donnant naissance par lui-même qu'à une exception; aussi était-on obligé pour avoir une action de revêtir ce pacte des formes de la stipulation et alors on avait l'*actio ex stipulatu*. Si on n'avait pas eu recours à la stipulation, celui des contractants qui avait exécuté son engagement ne pouvait que répéter ce qu'il avait fourni au moyen de la *condictio causa data causa non secuta*, tel est le premier état du droit qui se prolongea fort longtemps. Dans la suite, lorsque Labéon eut inauguré l'action *præscriptis verbis*, elle servit à sanctionner tous les contrats innommés, mais on laissa subsister à côté d'elle la *condictio ob rem dati*, qui pouvait être plus avantageuse à la partie qui avait exécuté le pacte au moyen d'une dation pour répéter la chose donnée, si par exemple elle avait augmenté de valeur. C'était à l'intéressé de voir quel parti lui était le plus avantageux suivant les circonstances, si toutefois il pouvait choisir entre plusieurs. Les principes que nous venons d'indiquer sont susceptibles d'applications diverses au cas d'une transaction intervenue sur la *querela* entre l'exhéredé et l'institué; on peut consulter à cet égard le traité de M. Vernet sur la *quotité disponible* (p. 159 et suiv.).

La transaction faisait la loi des parties, c'est-à-dire que dans notre matière elle obligeait le légitimaire et l'institué, mais à l'encontre des autres personnes intéressées à l'exécution du testament telles que les légataires, les fidéicommissaires et les esclaves affranchis,

c'était *res inter alios acta*, elle ne leur était pas opposable. C'est donc avec prudence qu'il faut ici entendre l'affirmation des empereurs Dioclétien et Maximien quand ils nous disent de la transaction : « Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum iudicarum esse, recta ratione placuit..... » (C. II, 4, L. 20). Dans notre cas une transaction ne saurait produire les mêmes effets qu'une sentence du juge intervenant sur la *querela*. Ainsi l'institué demeure héritier, les legs et les affranchissements sont maintenus, car le testament lui-même subsiste ; c'est ce que nous dit Ulpien : « Quamvis, institutâ inofficiosi testamenti accusatione, res transactione decisa sit, tamen testamentum in suo jure manet : et ideo datæ in eo libertates, atque legata, usque quo Falcidia permittit, suam habent potestatem ». (D. L. 29, § 2, h. t.).

Et ce n'est que juste et conforme aux principes du droit : où serait sans cela la garantie des légataires et des autres intéressés si on pouvait leur opposer une convention à laquelle ils seraient restés étrangers ? Quand le procès se déroulait en justice encore avaient-ils pour sauvegarde l'impartialité du tribunal et la ressource d'intervenir, tandis que dans l'hypothèse d'une transaction ils auraient été à la merci de l'institué.

Du reste à l'encontre du plaignant lui-même la transaction pouvait ne pas sortir son effet et laisser intacte la *querela*, si l'institué n'observait pas les conditions du pacte ; nous trouvons en ce sens un autre texte d'Ulpien : « Si, instituta de inofficioso testamento accusatione, de lite pacto transactum est, nec fides ab herede

transactioni præstatur : inofficiosi causam integram esse placuit ». (D. L. 27, Pr. h. t.).

L'institué restait donc responsable vis-à-vis de ceux qui pouvaient prétendre quelque bénéfice en vertu du testament ; c'était à lui à prendre les précautions nécessaires. Par contre, ceux-ci n'avaient rien à demander à l'héritier légitime, car ni le testament ni la transaction ne créaient de lien entre eux.

La situation des créanciers était différente : peu leur importait au fond, abstraction faite de toutes circonstances particulières, peu leur importait que le testament subsistât ou non puisqu'ils trouvaient toujours en face d'eux un continuateur de la personne de leur débiteur défunt. La difficulté était après une transaction de savoir quel était celui des deux, de l'institué ou du légitimaire, qui devait être actionné par eux. Il semble que puisqu'on avait admis que le pacte n'empêchait pas le testament de rester debout et que l'institué demeurerait héritier il eût été logique de reconnaître aux créanciers le droit de s'adresser à lui pour le tout. Ce n'est pas cette solution, rigoureuse il est vrai pour *l'heres scriptus*, qui avait prévalu ; on estimait qu'il était impossible de savoir lequel était le véritable successeur et l'on accordait des actions utiles contre chacun des deux en proportion de la part que lui attribuait la transaction dans l'hérédité. C'est ce que répond le jurisconsulte Scévola en ces termes : « Propter incertum successionis, pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus conveniendus est ». (D. II, 15. L. 14).

Le désistement du *querelans* dans le cours de l'ins-

tance entraînait l'extinction de la *querela*; ce n'était pas seulement l'instance engagée qui se trouvait terminée ainsi, mais l'action ne pouvait être soulevée de nouveau. C'est ce qu'exprime Ulpien dans ce passage : « Si quis, post rem inofficiosi ordinatam, litem dereliquerit, postea non audietur ». (D. L. 8, § 1, h. t.). L'abandon de l'instance fait en effet présumer la renonciation du légataire, mais cette présomption peut sans doute être écartée; c'est ce que prévoit Paul dans le cas où l'héritier inscrit serait arrivé à ce résultat au moyen d'une fraude, on ne peut vraiment pas dire alors qu'il y a de sa part une renonciation spontanée : « Eum, qui inofficiosi testamenti querelam instituit, et fraude heredis scripti, quasi tertiam partem hereditatis tacite rogatus esset ei restituere, relinquit eam actionem, non videri deseruisse querelam : et ideo non prohiberi eum repetere inchoatam actionem ». (D. L. 21 pr., h. t.). Pour obtenir le désistement du *querelans*, l'institué lui avait persuadé qu'il était chargé de lui restituer le tiers de l'hérédité.

L'approbation du testament peut aussi s'induire de différents actes, c'est-à-dire être implicite; tel est le fait d'avoir accepté un legs (1), de même celui de réclamer en justice un legs adressé par le testateur soit au légataire, soit à son esclave (2), et à ce propos Modestin dénonce une fraude qui devait faire déclarer un enfant non recevable en sa demande d'inofficiosité. Cette fraude consistait de la part d'un enfant exhéredé, dont l'esclave

(1) Paul. D. XXXIV, 9, L. 5, pr.

(2) Modest. D. L. 12, h. t.

avait été institué, à affranchir cet esclave avant qu'il eût fait adition pour ensuite attaquer le testament et diriger la plainte contre l'esclave qui aurait fait adition pour son propre compte, *suo arbitrio*. Ceci tend à confirmer une opinion que nous avons émise précédemment, à savoir que si l'injure qui résulte de l'exhérédation avait contribué à fonder et à légitimer notre action, c'était pourtant plutôt au dommage matériel qu'au préjudice moral qu'on s'attachait pour décider si oui ou non il y avait matière à rescision du testament. Dans l'espèce que prévoit Modestin, l'enfant n'a subi qu'un préjudice moral, puisque l'hérédité lui parvient quand même par l'intermédiaire de son esclave qui acquiert pour lui, et ce préjudice n'est pas suffisant pour motiver la rescision. La fraude déjouée par Modestin avait pour but d'éviter le paiement des libéralités testamentaires.

Nous pourrions citer d'autres exemples d'approbation tacite et on peut consulter à ce sujet divers fragments des jurisconsultes insérés à notre titre au *Digeste*, notamment les suivants : Ulp. L. 8, § 10; Marcell. L. 10, § 1; Paul L. 31, § 3; Paul L. 32, § 1. — Nous ne voulons plus mentionner qu'un cas de déchéance indiqué par Paul dans le *principium* de cette dernière loi et qui vise l'avocat ou le mandataire, qui a prêté son assistance à un légataire pour réclamer un legs. Cette décision nous semble sujette à critique, d'autant plus que Marcellus (*loc. cit.*) tempère son avis par cette restriction : *nisi id totum alii administravit* et que Justinien décide (*Inst. lib. II, tit. 18, § 4*) que le tuteur, qui a accepté au nom de son pupille un legs contenu dans

le testament de son propre père, pourra néanmoins agir en inofficiosité, si ce dernier ne lui a rien laissé. Rien n'est plus juste, car un concours forcé n'implique en rien approbation du testament; si l'avocat est traité d'une autre façon c'est probablement qu'on estime qu'il était libre de refuser son assistance.

En somme, toutes ces décisions partent de ce point de vue qu'on ne peut en même temps demander d'une part l'exécution du testament et d'autre part sa mise à néant; il y a incompatibilité entre la *querela* et l'*actio ex testamento*, nous avons déjà vu les conséquences de cette incompatibilité en étudiant les suites du rejet de la plainte.

Nous n'avons parlé jusqu'alors que de l'approbation tacite; il est à peine besoin de dire qu'elle pouvait être expresse, elle pouvait être sans doute verbale ou écrite, Paul suppose une approbation formellement exprimée au moyen d'une inscription mise au bas du testament (1).

Il est clair aussi que tacite ou expresse, la renonciation doit contenir un acte de volonté de la part de l'exhéhéredé pour qu'on puisse le déclarer déchu; ainsi l'on ne saurait voir une approbation du testament de la part de celui qui étant tenu solidairement avec un autre se trouve libéré par l'acception accordée à celui-ci (2).

Certains cas pouvaient prêter à équivoque, tel celui d'un exhéhéredé, héritier d'un légataire du défunt, prévu par Paul (3) qui tout en reconnaissant que ce n'est pas

(1) D. L. 34, § 4, h. t.

(2) Mod. D. L. 12, § 3, h. t.

(3) Paul. D. L. 32 §, 1, h. t.

à l'exhéredé que le legs était adressé lui conseille de ne pas le réclamer. Il faut supposer que lors de son décès le légataire n'avait pas encore reçu le legs de l'institué, autrement l'exhéredé le recueillerait sans difficulté avec le reste de l'hérédité et ne pourrait être privé de la *querela*.

Nous avons fini d'exposer le principal objet de notre étude sur le Droit romain, c'est-à-dire la *querela inofficiosi testamenti*, telle qu'elle nous apparaît dans le droit classique et qu'elle ressort des textes du *Digeste* et du *Code* et des *Institutes* de Justinien. Mais cet empereur introduisit par la suite de nombreuses et importantes modifications dans les règles que nous avons vues, quand il procéda à son grand travail de réformation du droit des successions. Cette législation nouvelle se trouve principalement dans les *Novelles* de ce prince : et comme elle est la source directe de notre ancien droit en France, que même elle subsiste encore en partie dans notre droit moderne, nous devons lui consacrer une étude spéciale, que nous ferons aussi concise que possible.

DEUXIÈME PARTIE

INNOVATIONS DE JUSTINIEN. — LÉGISLATION DES NOVELLES

Nous avons eu déjà l'occasion de signaler plusieurs modifications introduites par Justinien, nous ne reviendrons pas sur celles-ci, il suffit de les avoir notées dans le cours de notre étude. Celles que nous voulons fixer ici sont les innovations contenues dans les *novelles*, ce sont de beaucoup les plus considérables. Nous nous efforcerons d'observer le même ordre que nous avons suivi dans le développement des règles de la *querela*.

Quant aux personnes dont les testaments peuvent être attaqués par la *querela*, peu de chose à dire si ce n'est que Justinien en étendant aux prêtres, diacres, sous-diacres et autres clercs le privilège d'avoir un pécule *quasi castrense*, et de pouvoir tester sur ce pécule, leur prescrit de laisser à leurs enfants ou à défaut d'enfants à leurs parents la portion légitime. Concluons-en que moins favorisés que les militaires et les officiers du palais ils n'échappent pas à la *querela*. (*Nov.* 123, Cap. XIX).

Sur les causes qui légitiment l'exhérédation ou l'omis-

sion nous remarquons d'heureuses réformes : ces causes ne sont plus laissées à l'appréciation souveraine des tribunaux, Justinien les fixa limitativement à quatorze à l'égard des descendants, à huit contre les ascendants et trois contre les frères et sœurs (*Nov. 115*, chap. 3 et 4. — *Nov. 22*, chap. 47 pr.)

Il ordonna en outre que le testateur spécifiât le juste motif par lequel il prétendait justifier l'omission ou l'exhérédation et décida enfin que désormais la preuve incomberait à l'institué, ce qui nous paraît plus conforme à l'exacte interprétation de la règle de droit qui impose le fardeau de la preuve au demandeur ; car au fond l'héritier légitime n'était-il pas le véritable défendeur, puisqu'il ne demandait qu'à conserver la situation que lui avait faite la loi et que c'était contre lui qu'un fait nouveau était invoqué ?

Quand les conditions de la *novelle 115*, n'ont pas été remplies par le testateur, le testament est-il frappé de nullité ou seulement rescindable à l'aide de la plainte d'inofficiosité ? L'intérêt de la question est que dans la seconde hypothèse le légitaire forcé de recourir à la *querela* se trouvera exposé aux divers cas de déchéance qui peuvent atteindre le *querelans*. La controverse s'est exercée sur ce point : si l'on considère que la *novelle 115* règle les conditions de la *querela*, on admettra avec Cujas et Pothier que leur inobservation ne fait qu'assurer le triomphe de cette action. M. Ducaurroy a également défendu cette opinion en alléguant que la *novelle* en question réglant ici un point commun aux testaments de la mère et d'autres parents aussi bien qu'à celui du

père ne peut s'appliquer qu'à la plainte d'inofficiosité (1).

Nous trouvons d'autres réformes en ce qui touche la légitime. La *novelle* 18, chapitre 1 en modifie le taux ; d'invariable qu'elle était, uniformément fixée au quart de la part héréditaire de chaque légitimaire elle devient variable avec le nombre des enfants et se trouve en même temps augmentée dans de notables proportions. Désormais, elle est du tiers s'il y a quatre enfants ou moins et de la moitié s'il y a plus de quatre enfants ; de sorte qu'il peut arriver que chacun des enfants ait une part plus forte quand ils sont plus nombreux ; c'est ce qui se produit quand il y a dans une succession cinq enfants et quatre dans une autre, tandis que chacun des premiers est assuré d'obtenir un dixième de la succession, les seconds n'auront qu'un douzième par tête. Malgré ce défaut dans l'application, l'idée qui a inspiré Justinien n'en est pas moins juste en soi.

De plus, en ce qui concerne la légitime, Justinien exige qu'elle soit laissée au moyen d'une institution et non plus comme auparavant par toute espèce de dispositions de dernière volonté, donation à cause de mort, legs ou fidéicommiss (Nov. 115, cap. 3 pr.). Mais il permet au testateur d'instituer son héritier *ex certis rebus* et dans le cas où il ne serait pas rempli de sa légitime, celui-ci ne pourra qu'en demander le complément. Le but que poursuit Justinien est surtout comme il le dit (Nov. 115, cap. V. pr.) d'éviter aux parents comme aux enfants l'injure d'une omission ou d'une exhérédation.

(1) Explic. des *Instit.* tome 1^{er}, n° 661.

tion. Si au contraire le titre d'héritier n'est pas accordé aux légitimaires, ceux-ci ont droit à la *querela* et non plus seulement à l'action en complément, quand bien même ils auraient reçu par une autre voie une partie de leur légitime. De ce que la légitime doit être laissée à titre d'héritier, il résulte que dans le cas où il serait nécessaire d'en réclamer le complément, ce ne sera plus par une action personnelle mais par la *petitio hereditatis* conclut M. Accarias. (1) Enfin Justinien ordonne que la légitime soit laissée en pleine propriété et non plus simplement en usufruit ou en nue propriété (*Nov. 18, cap. 3*).

Ces dernières réformes ne semblent viser que les descendants et les ascendants, les passages ci-dessus ne mentionnent pas les frères et sœurs. Un point controversé est celui de savoir si l'augmentation de la légitime doit être étendue aux ascendants et aux frères et sœurs, bien que Justinien ne statue explicitement que sur le cas des descendants. Cujas et Pothier se sont prononcés pour l'affirmative et nous croyons qu'on est autorisé à conclure en ce sens par les mots qui terminent le chapitre premier de la *novelle 18* : « Hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioso lege decreta est ».

Sur un point spécial, le chapitre suivant déroge aux règles que vient de poser le chapitre premier ; c'est en faveur des enfants qui remplissaient des charges de décurions qu'est édictée cette dérogation. On sait que ces charges étaient souvent très onéreuses et que le

(1) *Précis de Droit romain*, 3^e édit., n° 359,

recrutement des titulaires était difficile : en présence d'étrangers ils ont droit aux trois quarts de l'hérédité.

Constantin, sous l'influence des idées de la religion nouvelle, avait fort durement traité les enfants naturels, Justinien à la suite de Valens, Valentinien et Gratien, d'Arcadius et de Théodose, les appela à recueillir une partie de la succession de leur père, qui ne laissait ni épouse ni descendants légitimes, mais il ne leur octroya pas le bénéfice de la *querela* (Nov. 89, cap. 12).

En dernier lieu, nous trouvons une innovation considérable en ce qui concerne les effets de la *querela*. L'empereur décide dans la *novelle* 115 (cap. III, § 14 et cap. IV, § 8), qu'à l'avenir la *querela* laissera subsister les legs et toutes les autres dispositions du testament et que seule l'institution sera annulée. C'est le renversement du principe qui faisait de l'institution *caput et fundamentum testamenti*, la clef de voûte du testament, et qui n'admettait pas qu'elle pût tomber sans entraîner l'écroulement de toutes les dispositions ; cette logique rigoureuse est abandonnée.

Il est incontestable que cette transaction avait l'avantage d'écarter dans bien des cas, des résultats fâcheux et d'être en somme équitable, puisque le testateur s'il avait institué son héritier légitime, aurait pu le charger de legs également ; mais il n'en est pas moins vrai qu'au point de vue matériel elle est désavantageuse aux *querelans*. Et c'est le lieu de constater ici qu'à l'opposé des jurisconsultes de l'époque classique, Justinien paraît se préoccuper plutôt de l'effet moral que du pré-

judice matériel de l'exhérédation, et il vise principalement à détourner l'opprobre qui en est la suite.

Il faut dire à l'éloge de l'empereur jurisconsulte que dans ses réformes, il a été inspiré par une intelligence très nette du droit naturel, et qu'il a obéi à un sentiment profond de l'équité. Et l'honneur de son œuvre est d'avoir été la source où sont allés puiser tant de législateurs en Orient et en Occident, jusque dans les temps modernes.

DROIT FRANÇAIS

DE LA RÉDUCTION

DES DONATIONS ET DES LEGS

INTRODUCTION

La plainte d'inofficiosité fut dans le Droit romain la sanction de l'obligation imposée par le législateur à partir d'une certaine époque aux testateurs de laisser une partie de leurs biens à leurs héritiers légitimes les plus proches. Le pendant de la *querela* dans notre législation est l'action en réduction que nous nous proposons d'étudier.

Les rédacteurs du Code civil, tout en reconnaissant les grands principes de la liberté de la propriété et de la faculté pour chacun de disposer de ses biens à titre gratuit comme à titre onéreux, ont avec raison fixé des limites aux dispositions d'ordre gratuit, ils ont considéré qu'ils devaient tenir compte d'un autre principe non moins respectable que les précédents, celui de la solida-

rité qui rattache les uns aux autres les membres d'une même famille et leur impose des devoirs réciproques.

Nous ne reviendrons pas sur les considérations philosophiques qui doivent faire admettre le droit des enfants à profiter dans une mesure plus ou moins large des biens recueillis et même de ceux acquis personnellement par leurs parents. Rappelons seulement qu'on fonde en général ce droit sur trois idées qui sont toutes trois justes au fond : la dette alimentaire, le fidéicommis tacite et la co-propriété familiale. Le législateur français l'a consacré par l'institution de la réserve héréditaire, à laquelle la critique n'a pas fait défaut.

On a formulé contre elle et contre notre régime successoral en général bien des reproches : on a dit qu'il portait atteinte au droit de propriété, qu'il conduisait à l'extrême division de la propriété contrairement aux enseignements d'une sage économie politique et qu'il nuisait ainsi à la prospérité agricole, qu'il détruisait l'autorité dans la famille et favorisait les entreprises des usuriers, qu'il était une barrière à l'accroissement de la population. On a invoqué contre lui l'exemple des nations voisines et notamment de l'Angleterre, dont les cadets de famille poussés par la nécessité de se créer des ressources et la louable ambition de maintenir leur rang dans la société vont porter au loin l'influence et l'autorité.

Quelques-uns de ces reproches peuvent renfermer une parcelle de vérité, mais leur exagération saute aux yeux. Si l'on veut se reporter aux abus qu'engendra dans l'antiquité la liberté testamentaire illimitée, aux

inconvenients que présentent pour l'harmonie des rapports entre parents, les privilèges accordés aux uns au détriment des autres, si d'autre part on cherche à s'imaginer le désordre que créerait dans notre société l'abolition du droit de succession, on reconnaîtra que notre loi successorale est une œuvre prudente de transaction entre des principes opposés, et c'est peut-être précisément en raison de ce caractère qu'elle a eu à subir les assauts d'adversaires partis de points si contraires.

Je crois que le père a d'autres moyens d'obtenir le respect de ses enfants que la menace d'une exhérédation ; du reste si cette perspective d'un avantage pécuniaire était de nature à lui assurer une légitime autorité, il n'est pas exact d'affirmer qu'il se trouve dépourvu de ce secours. Faut-il donc compter pour rien la quotité disponible ? Mais le culte des enfants ne se décrète pas et pour obtenir ce résultat désirable les parents doivent plutôt s'efforcer d'inculquer par leur exemple et leurs conseils à leurs enfants l'amour du devoir que de se remettre de ce soin dans des lois plus ou moins sévères. Enfin s'il est de mauvais fils, ne rencontre-t-on pas également de mauvais pères et doit-on leur donner la liberté de se laisser aller à d'injustes préférences au profit des uns et au préjudice des autres ? S'il est moins de parents dénaturés que de fils ingrats, ne peut-on pas craindre que des vues politiques n'influencent leur raison au détriment du cœur ? il n'est pas douteux en effet que le but de la plupart de ceux qui ont combattu pour la liberté testamentaire est le rétablissement du droit d'aînesse.

Quant au trop grand fractionnement du sol, il est exact qu'il présente des inconvénients, mais on peut y porter remède sans ébranler les bases de notre système successoral ; il paraît suffisant pour atteindre ce but de modifier les règles du partage.

S'il est malheureusement vrai que les familles les plus pauvres ne comptent pas le nombre de leurs enfants, tandis que les familles riches ou simplement aisées s'en préoccupent davantage, notre loi des successions n'en est pas la cause. Le mal est ailleurs et c'est plutôt dans une pensée d'égoïsme qu'il faut aller le chercher que dans la crainte de voir disperser le patrimoine paternel après la mort des parents. Que cette appréhension puisse retenir quelques grandes familles qui ont à soutenir l'éclat de leur nom, je le conçois, mais qu'importe à la masse des petits propriétaires, des fonctionnaires, des employés ? Ce n'est pas une telle considération qui est capable de guider le plus grand nombre dans leur conduite.

C'est à tort aussi qu'on veut nous comparer aux Anglais ou aux Américains et qu'on ne tient pas compte de nos mœurs et de notre caractère. En dehors des cadets de famille, les entreprises lointaines pourraient tenter chez nous bien des citoyens sans fortune et disposés à faire des efforts pour s'en créer une et que cependant elles laissent froids.

Sans être atteint d'un optimisme aveugle on peut conclure que notre loi a ménagé les intérêts si divers qui se heurtent et compliquent cette grave question et qu'elle mérite à ce titre d'être respectée. Il n'est sans doute pas

interdit d'entrevoir des réformes et de les demander, mais ceux qui attendent d'un remaniement de notre système successoral une ère de prospérité sans fin se font d'étranges illusions.

Les limitations que le législateur du Code civil a fixées à la liberté des dispositions d'ordre gratuit constituent l'institution de la réserve héréditaire ; cette institution existait déjà sous diverses formes dans l'ancien droit de la France où les Romains l'avaient introduite et les rédacteurs du Code n'ont fait que l'adapter au régime nouveau en lui faisant subir des modifications assez profondes, il est vrai.

Avant de rechercher comment le législateur a assuré l'exécution de ses prescriptions, il nous faut voir comment cette institution a passé dans notre ancien droit, et ce qu'elle est dans le droit actuel.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

NOTION DES DROITS DE LÉGITIME ET DE RÉSERVE

§ 1. — Ancien droit français.

La France était autrefois divisée en deux parties très distinctes au point de vue du droit : les provinces du midi régies par le Droit romain et dites « pays de droit écrit » et les provinces régies par des coutumes nombreuses et diverses et dites « pays de coutumes ». Dans les premières on observa jusqu'au 12^e siècle le droit antérieur à Justinien et contenu principalement dans le Code Théodosien, puis après la renaissance des études du Droit romain, le droit de Justinien fut généralement adopté et se substitua au premier.

Dans ces pays nous retrouvons la légitime qui ne diffère guère de la *quarte* du Droit romain ; dans les pays coutumiers nous voyons trois institutions dont le but était à peu près le même, mais qui différaient dans leur origine et dans les règles qui les gouvernaient ; ce sont les *réserves coutumières*, la *légitime* et le *douaire*. Ces diverses institutions avaient bien pour but commun la protection des héritiers légitimes ; mais si toutes assuraient l'existence de ces héritiers c'était par des

moyens différents et l'une d'elles visait particulièrement la conservation de certains biens dans les familles. Du reste dans les pays de coutumes avait aussi pénétré le Droit romain et une part plus ou moins large lui était faite.

L'origine romaine de la légitime n'est pas contestable et même dans les pays de coutumes, cette origine était reconnue, aussi l'appelait-on légitime du Droit, c'est-à-dire du Droit romain. Dans ces pays suivant une maxime de Dumoulin qui était généralement acceptée : « Nemo apud nos legitimam habet nisi qui heres est, » (1) on reconnaissait que la légitime était une partie de l'hérédité : toutefois cette doctrine était tempérée par une concession admise par l'opinion commune, savoir, que s'il était nécessaire de se porter héritier pour réclamer la légitime par voie d'action, on pouvait au contraire la retenir sans cette condition par voie d'exception. Dans les pays de droit écrit, au contraire, le plus grand nombre des auteurs ne voulaient voir dans la légitime qu'une *pars bonorum*, tandis que d'autres se fondant sur la *novelle 115* prétendaient qu'elle était *pars hereditatis* ; la controverse fut en partie tranchée par la célèbre ordonnance de 1735 qui se rangeant à ce dernier avis déclara que la *novelle 115* serait applicable dans tous les pays de droit écrit où l'institution d'héritier était exigée pour la validité du testament.

Dans ces pays, avaient droit à la légitime conformément aux règles du Droit romain les descendants, les

(1) Dumoulin sur l'art. 125 de l'ancienne cout. de Paris, — Ricard, *Donat.* 3^e partie, chap. 8, sect. 3.

ascendants et les frères et sœurs ; ceux-ci soumis à la restriction que les personnes instituées fussent *turpes*, avaient par contre l'avantage de faire tomber le testament en entier quand le testateur s'était oublié à leur préférer de ces personnes mal famées ; nous pensons que dans ce cas il y avait lieu d'accorder le même avantage aux descendants et aux ascendants, qui en général n'avaient à leur disposition qu'une action en retranchement. Tel nous paraît être le sentiment de Ricard (*loc. cit.*, n° 913) malgré les réserves qu'il formule sur la valeur juridique de cette doctrine. Ainsi tous légitimaires auxquels le testateur avait préféré une personne infâme pouvaient poursuivre la révocation totale du testament. Lebrun (1) et beaucoup d'auteurs soutenaient même qu'au cas de l'institution de *personæ turpes* le testament devait être nul de plein droit et leur opinion fut validée par l'ordonnance de 1735 (2) ; la plainte d'inofficiosité n'existait plus et l'action en retranchement ne procurait que la réduction des libéralités excessives. Cette action était transmissible aux héritiers du légitimaire, n'était pas incompatible avec l'acceptation de quelque libéralité testamentaire et durait 30 ans.

Le retranchement avait lieu pour les donations entre-vifs aussi bien que pour les libéralités à cause de mort, seulement on ne procédait pas de même à l'égard des unes et des autres. Avant de s'attaquer aux donations entre-vifs on anéantissait d'abord les libéralités testamentaires et parmi celles-ci on commençait par les legs

(1) Lebrun, *Succ.*, liv. II, chap. 3, sect. 2, n°s 31 et suiv.

(2) Articles 50 et suivants.

à titre universel. Pour chaque catégorie de legs, la réduction était proportionnelle tandis que pour les donations on remontait de la plus récente à la plus ancienne; cette manière de procéder était juste en elle-même, car les premières donations pouvaient ne pas avoir porté la moindre atteinte à la légitime et se trouvait d'accord avec le principe de l'irrévocabilité des donations.

Les parlements, sauf ceux de Toulouse et de Bordeaux (1) décidaient que la légitime devait être laissée à titre d'institution; il était admis également que le légitimaire devait imputer sur sa légitime tout ce qui lui était parvenu du *de cujus* par disposition de dernière volonté. On considérait même que les donations entre-vifs, au contraire de ce qui était admis dans le Droit romain, devaient être elles-mêmes imputées à moins qu'elles n'eussent été faites à titre de préciput; si la clause de préciput n'avait pas été insérée dans la donation, celle-ci n'était qu'un avancement d'hoirie. L'imputation qui n'était que l'exception devint la règle ici.

La quotité de la légitime était la même que dans le dernier état du droit de Justinien, c'est-à-dire celle qui résultait de la *novelle* 18; nous retrouvons ici la question de savoir si l'augmentation décrétée par Justinien s'appliquait aux frères et sœurs, il y avait divergence entre les auteurs. Cujas disait oui et Lebrun prétendait le contraire. Nous retrouvons également ici la question

(1) Ces deux parlements ne soumettant pas la validité du testament à l'institution d'héritier persistèrent après l'ordonnance de 1735 à ne pas exiger la qualité d'héritier chez celui qui prétendait à la légitime.

si importante et toujours controversée de la computation des légitimaires dans la détermination de la légitime : les renonçants devaient-ils être comptés et dans ce cas qui des légitimaires ou des légataires et donataires profiteraient de leur part ? Ces points partageaient les auteurs, mais nous croyons que les plus considérables tels que Cujas, Dumoulin, Lebrun, Pothier n'admettaient à faire nombre que les enfants qui prenaient réellement part dans la succession ou qui renonçaient *aliquo accepto* (1).

Dans les pays de coutumes où il fallait être héritier pour réclamer la légitime, c'est cette opinion qui était admise ; la quotité de la légitime était variable dans ces pays suivant les différentes coutumes, celles de Paris et d'Orléans reconnaissaient à chaque enfant la moitié de ce qui leur serait advenu de la succession, si leurs parents n'avaient pas disposé à leur détriment. Dans ces coutumes et celles qui se référaient à elles les ascendants n'étaient point appelés à bénéficier de la légitime ; celles qui se complétaient à l'aide du Droit romain leur en attribuaient une au contraire. Quant aux collatéraux ils n'avaient pas droit à la légitime, mais ils pouvaient demander la rescision du testament qui leur avait préféré des personnes mal famées.

Les réserves coutumières avaient pour but spécial de conserver les immeubles dans les familles, elles régissaient principalement les propres, c'est-à-dire les immeu-

(1) Cujas, *Expositio Novell* 18. — Dumoulin, *Consilium* XXXV, n° 12. — Lebrun, *Succ.*, liv. II, chap. 3, sect. 6. — Pothier, *Traité des don. entre-vifs*, t. 1, sect. 3, § 3.

bles entrés par succession dans le patrimoine du *de cujus*. Les propres étaient avant tout les immeubles transmis en ligne directe descendante, mais les immeubles recueillis dans la succession d'un descendant formaient aussi des propres suivant l'opinion de Pothier ; Renusson et Lebrun étaient d'une opinion contraire (1).

La coutume d'Orléans dans sa dernière rédaction (art. 303) admettait que la succession en ligne collatérale pouvait rendre propre un immeuble acquêt du *de cujus* : « Héritage acquis est fait propre aux enfants et autres héritiers de l'acquéreur, après son trépas ». Dans la plupart des coutumes et notamment dans celles de Paris et d'Orléans la réserve portait sur les quatre cinquièmes de ces biens et était dite pour cela des quatre quints ; elle ne se calculait pas sur tel ou tel immeuble, mais sur la totalité des propres. Toutefois on les divisait en autant de groupes que de lignes suivant la règle « paterna paternis, materna maternis » et la réserve se calculait sur chacune de ces successions ; lorsque les héritiers faisaient défaut dans une ligne, les biens qui leur auraient été réservés venaient grossir la succession ordinaire comme de simples acquêts. Comme on le voit l'hérédité se fractionnait en plusieurs successions, la principale division concernait les acquêts d'un côté et les propres de l'autre qui étaient gouvernés par des règles différentes. Si le testateur possédait des biens situés sur des territoires régis par plusieurs coutumes,

(1) Pothier, *Introd. générale aux Cout.* Chap. III, § 2. — Renusson. *Traité des propres*. Chap. 1, Sect. VII. — Lebrun. *Succ.* Liv. II, chap. 1, sect. 1.

il pouvait être obligé de satisfaire à la réserve des quatre quints par rapport aux biens soumis à chaque coutume.

La réserve coutumière était dévolue aux parents de la ligne d'où provenaient les biens en question sans qu'on s'occupât du degré de parenté et ceux-ci ne pouvaient être primés par des parents plus proches dans une autre ligne. C'était une partie de la succession *ab intestat* et il était nécessaire de se porter héritier pour la réclamer ; la part des renonçants ou des indignes accroissait à celle des acceptants dans la même ligne.

Cette réserve n'était une limitation que des dispositions de dernière volonté qui menacent toujours plus directement les héritiers légitimes ; on estimait sans doute que la règle « Donner et retenir ne vaut » suffisait à modérer l'abus qui aurait pu résulter de donations entre-vifs excessives. Quelques coutumes cependant interdisaient de disposer de la totalité des propres même par donation entre-vifs et en réservaient une portion qu'on avait nommé légitime coutumière, pour la distinguer de la légitime du droit admise également dans les pays coutumiers ; cette dernière affectait aussi bien les meubles et acquêts que les propres, mais lorsque la portion disponible des propres avait été dépassée, la réduction devait d'abord porter sur eux et ne s'attaquer aux meubles et acquêts que pour parfaire la légitime.

Le douaire des enfants avait bien le même but que la légitime et, comme elle, frappait d'indisponibilité une certaine portion des biens de leur père pour assurer leur

existence, mais il en différait sous bien des rapports. Ainsi en premier lieu il n'affectait que les biens du père et parmi ces biens rien que les immeubles, mais en revanche il portait non seulement sur ceux que le père avait à son décès, mais encore sur ceux qu'il avait lors de son mariage et sur ceux qui lui étaient advenus de ses ascendants dans le cours du mariage ; en deuxième lieu il ne pouvait pas être anéanti ou diminué par les dettes contractées postérieurement au mariage. A ces deux points de vue il constituait dans certains cas une protection plus efficace que la légitime.

Une autre différence que peut laisser supposer celle que nous venons d'énoncer en deuxième lieu est qu'il n'était pas besoin de se porter héritier pour avoir droit au douaire, il était même nécessaire de renoncer à la succession paternelle pour en bénéficier.

Le donataire était ou fixé par la coutume ou par le contrat de mariage, c'est-à-dire coutumier ou conventionnel, dans ce dernier cas il était dit aussi *préfix*. En général le douaire des enfants leur attribuait la nue-propriété des biens que le mari affectait quant à l'usufruit au douaire de la femme ou d'une portion de ces biens. Dans les coutumes qui déterminaient la quotité du douaire des enfants, le père pouvait dans son contrat de mariage ou modifier cette quotité ou même stipuler qu'il n'y aurait pas de douaire au profit de ses enfants. C'est encore une différence avec la légitime.

Bien que cette institution eût été inspirée par des considérations semblables à celles qui avaient fait adopter la légitime, on voit qu'elle en différait sur bien des

points. Nous avons cru néanmoins devoir en dire quelques mots avant de poursuivre la revue des restrictions apportées au droit de libre disposition gratuite ; nous passons au droit intermédiaire.

Disons en terminant que dans notre ancien droit les parents pouvaient exhériter leurs enfants pour des causes déterminées et les priver ainsi de leur légitime. Les justes causes d'exhérédation étaient en général celles reconnues par Justinien dans sa *novelle* 115.

§ 2. — Droit intermédiaire.

Le droit intermédiaire se montra, pour des raisons politiques qui se devinrent facilement, très opposé à la liberté de disposer à titre gratuit en général. Un décret du 7 mars 1793 avait retiré aux parents la faculté de disposer par testament ou par donation, toute personne ayant des enfants perdait ainsi le droit de disposition à titre gratuit. Ce décret était trop radical pour être appliqué même à cette époque ; aussi bientôt la rigueur en fut-elle tempérée par la loi célèbre du 17 nivôse an II, qui constitua encore une atteinte des plus graves à la liberté de la propriété et subsista jusqu'à ce que la loi du 4 germinal an VIII vint elle-même en atténuer les restrictions. La loi du 17 nivôse de l'an II limitait le disponible au dixième du patrimoine en présence d'héritiers en ligne directe et au sixième quand le défunt ne laissait que des collatéraux : en outre cette loi ne permettait pas de disposer du dixième ou du sixième disponible en

faveur de l'un des successibles, enfin elle interdisait formellement toute exhérédation.

Toutes ces règles, inspirées par un mobile très apparent, tendaient à la dispersion des grandes fortunes et au nivellement des situations sociales; une passion violente d'égalité sévissait alors et faisait sacrifier les principes de la liberté. Faisant brèche en outre à un autre principe de la jurisprudence, la Convention décrétait que la loi de nivôse serait applicable rétroactivement aux dispositions entre-vifs et testamentaires à partir du 14 juillet 1789. Si nous ajoutons que dès 1791 la Constituante avait aboli les droits d'aînesse et de masculinité, on peut se rendre compte de l'étendue du chemin parcouru en peu d'années.

Dès avant le Code civil, une loi du 4 germinal an VIII vint réagir contre les prescriptions de cette loi qui avaient été difficilement acceptées dans la plupart des provinces et surtout dans le Midi. La loi de germinal augmenta le disponible dans de notables proportions, surtout lorsque le défunt ne laissait que des collatéraux et supprima la réserve totalement s'ils étaient plus éloignés que le sixième degré; elle permit de plus de disposer de la portion disponible au profit d'un successible.

Ces lois de l'époque intermédiaire malgré leurs excès eurent le mérite de simplifier et d'unifier la législation et l'avantage de préparer l'avènement du Code civil.

§ 3. — Droit actuel d'après le Code civil.

Le Code civil ne définit pas la réserve, du moins directement, mais dans les articles 913-915 il trace les limites que ne peuvent excéder les libéralités et détermine ainsi la quotité disponible et par là même *a contrario* la réserve. Après avoir exposé les règles qui la régissent dans notre droit nous verrons à en donner une définition conforme à ces règles.

La législation de l'époque intermédiaire avait supprimé la faculté d'exhérer même *justa causa* les héritiers réservataires, le Code civil ne l'a pas rétablie ; de sorte que les réservataires ne peuvent être privés de la portion que la loi leur attribue à ce titre, si ce n'est par la loi elle-même quand elle les déclare indignes de succéder au défunt (art. 727 C. civ.).

Mais les législateurs du Code civil n'ont pas resserré la quotité disponible dans des bornes aussi étroites que le droit intermédiaire ; sans rendre à l'autorité paternelle l'étendue qu'elle avait eue dans l'antiquité, ils ont entendu lui fournir une sanction suffisante en lui attribuant un droit de disposition dont le père peut user sans avoir à en rendre compte. A ce point de vue le père exerce donc encore une magistrature domestique et ses décisions sont sans appel, on peut trouver il est vrai que la portion laissée à la libre disposition du père est insuffisante, ce n'est pas notre avis et nous ne pouvons nous empêcher de remarquer l'inconséquence de

certain publicistes, qui, peu tendres pour notre Code et réservant leurs préférences pour l'ancien régime, se gardent de faire ressortir la part très modique que faisait à l'autorité du père de famille notre ancienne jurisprudence. Ainsi pour les propres le disponible était fixé à $\frac{1}{5}$; de plus la large pratique des substitutions tolérée par notre ancien droit avait pour effet d'entraver le droit de disposition du père et d'annuler presque son autorité.

Le chapitre III du titre II du livre 3^e au Code traite de la quotité disponible ordinaire et la fixe uniquement d'après le nombre et la qualité des réservataires : si ce sont des enfants, le disponible est d'une part d'enfant sans pouvoir descendre au dessous du quart ; ainsi il se trouve être de moitié s'il existe un seul enfant, d'un tiers s'il y en a deux et d'un quart s'il y en a trois ou plus. L'article 914 comprend sous le nom d'enfants tous les descendants en quelque degré que ce soit, mais ne les compte que pour l'enfant qu'ils représentent.

La loi de germinal an VIII fixait également le disponible à une part d'enfant, mais n'admettait pas qu'il pût dépasser le quart ; en renversant cette dernière partie de la règle, le Code s'est donc montré plus libéral. D'un autre côté il a maintenu la règle de cette loi permettant au disposant de gratifier de la quotité disponible l'un ou plusieurs des réservataires.

Lorsque les réservataires sont des ascendants, la quotité disponible est de moitié s'il en existe dans les deux lignes et des trois quarts s'il n'y en a que dans une ligne ; la réserve est donc d'un quart pour chaque ligne, quel que soit le nombre des réservataires ; et à défaut

d'ascendants dans une ligne, le quart qui leur était réservé rentre dans le disponible.

Telles sont les deux seules catégories d'héritiers auxquels la loi accorde une réserve : descendants et ascendants. Le conseil d'État aurait voulu en faire admettre une troisième, les frères et sœurs et leurs descendants, mais le tribunal combattit cette manière de voir et finit par l'emporter. Si l'on rapproche cette décision des dispositions qui régissent la dévolution de l'hérédité *ab intestat*, on peut trouver qu'il en résulte une certaine incohérence. Il peut arriver en effet que dans la succession *ab intestat* il y ait un frère du défunt qui exclue les ascendants autres que père et mère et tandis que ce frère n'a pas de réserve, les ascendants qu'il exclut en ont une.

Il semble aussi qu'il y ait contradiction entre l'institution d'une réserve et l'idée que la succession *ab intestat* n'est que supplétive de la volonté du père de famille et que le législateur du Code civil n'a fait qu'interpréter cette volonté.

Cela tient au système adopté par le Code qui a voulu concilier les droits du père avec ses devoirs et ses obligations et qui fondant, comme le Droit romain, la réserve sur l'*officium pietatis* a cru devoir la limiter aux personnes entre lesquelles il édicte d'autre part l'obligation d'aliments. Le Code abandonnait ainsi l'idée de nos réserves coutumières qui reposant sur la présomption d'une ancienne co-propriété familiale avaient cru logique de protéger les collatéraux héritiers aux propres. Celles-ci ne limitaient que le droit de disposer par testament et

pensaient que l'irrévocabilité des donations entre-vifs devait suffire à détourner le père de famille de se dépouiller de son vivant et assurait une protection efficace à ses héritiers. La légitime au contraire limitait aussi le droit de donation entre-vifs ; c'est à ce dernier parti que s'est arrêté le Code avec raison.

Quelques-uns, admettant que le droit de propriété comporte des limitations et considérant avec le Code qu'un propriétaire n'a pas seulement de droits mais aussi des obligations, reconnaissent le principe de la réserve mais croient suffisant de la limiter aux aliments. Le père doit plus à notre avis et il importe aussi bien à l'honneur de la famille qu'à l'intérêt de la société que le fils puisse se maintenir dans la situation sociale où l'a élevé le père ; les déclassés ne peuvent que constituer un péril pour la société.

On a regretté aussi pour l'autorité du père de famille que le Code n'eut pas rétabli en faveur de celui-ci la faculté d'exhérédation dans certains cas déterminés. Les mêmes raisons que nous venons d'exposer nous portent à nous ranger à la décision de notre loi ; si dans quelques hypothèses, heureusement assez rares, on est forcé de reconnaître qu'il y a là une lacune, il est malgré cela difficile de blâmer le Code civil d'avoir voulu couper court à des procès dangereux pour l'honneur et la paix des familles.

La loi du 17 nivôse an II avait interdit au disposant de donner la quotité disponible à l'un ou plusieurs des successibles, la loi de germinal avait aboli cette défense, c'est ce dernier parti qu'adopta le Code civil, de

sorte qu'il est permis à l'heure actuelle au testateur, de disposer de la quotité disponible en faveur des réservataires, et de la donner soit à l'un, soit à plusieurs d'entre eux. Les législateurs de l'an XII ne se croyaient plus tenus de sacrifier aux idées d'égalité à outrance, mais néanmoins ils ont supposé que le disposant qui gratifie l'un de ses successibles, n'entend point l'avantager définitivement au détriment des autres, s'il n'a pas exprimé formellement sa volonté en sens contraire. De là le principe posé par l'article 843 du Code civil, que toute libéralité faite à un successible est sujette à rapport. « Tout héritier même bénéficiaire, dit cet article, venant à succession, doit rapporter à tous ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donation entre vifs, directement ou indirectement : il ne peut retenir les dons ni réclamer les legs à lui faits par le défunt, à moins que les dons et legs ne lui aient été faits expressément par préciput et hors part, ou avec dispense de rapport. » On voit qu'en ce qui touche les donations entre vifs, l'idée que la libéralité est faite en avancement d'hoirie, a été généralisée et s'applique plus largement que dans l'ancienne législation.

Le disposant peut donner par préciput à l'un de ses héritiers réservataires ou non ; s'il y a des réservataires cette faculté est bornée à la quotité disponible, c'est ce qui ressort de l'article 844.

Du reste il faut observer que si le Code autorise le père à rompre jusqu'à un certain point l'égalité entre ses héritiers, il lui fournit aussi par là même le moyen de rétablir cette égalité qui aurait été détruite par des

circonstances extérieures et indépendantes de sa volonté. Ainsi le père pourra donner la quotité disponible à l'un de ses deux enfants, si l'autre a reçu d'un parent ou d'un étranger, par don ou par legs, un avantage considérable; ou bien il pourra en disposer au profit de l'un de ses enfants frappé d'infirmités physiques, et mis dans l'impossibilité de subvenir à ses besoins. Nous pourrions imaginer une foule d'autres hypothèses où le père trouverait à faire un excellent usage de la faculté que lui accorde la loi.

En dehors de la quotité disponible ordinaire qui est uniquement déterminée par le nombre et la qualité des réservataires, comme nous l'avons dit, il est une quotité disponible spéciale entre époux dans la fixation de laquelle la loi fait intervenir un autre élément, la qualité de celui qui est appelé à bénéficier de la disposition.

Les articles 1094 et 1098 du Code civil, règlent cette quotité disponible spéciale, qui n'est pas comme l'ordinaire, la contre-partie exacte de la réserve : l'article 1098 restreint considérablement la quotité disponible, lorsque le disposant a des enfants d'un précédent mariage, l'article 1094 semble bien au contraire avoir pour but d'étendre en tous cas la quotité disponible au profit de l'époux, il en est cependant un où pris à la lettre il la restreint, c'est quand le disposant laisse un seul enfant. Le 2^e alinéa de cet article a donné lieu à une vive controverse : faut-il considérer comme fixe et invariable, quelque soit le nombre des enfants, la quotité disponible entre époux, ou bien la disposition qu'il

contient n'est-elle qu'un minimum ? Cette opinion qui nous paraît très soutenable a été repoussée par la jurisprudence, de sorte que le conjoint peut être mieux ou plus mal traité qu'un étranger et, ce qui semble anormal, il est d'autant plus favorisé qu'il y a plus de réservataires, c'est-à-dire quand la réserve se trouve être moindre au profit de chacun. Nous ne dirons rien de plus de la quotité disponible entre époux et nous revenons à la réserve.

D'après ce que nous avons dit jusqu'ici nous pouvons la définir : la portion de la succession *ab intestat* dont il n'est pas permis de disposer au préjudice des héritiers désignés par la loi.

C'est un droit de succession, si nous l'envisageons sous un autre aspect, qui s'exerce sur cette portion de biens réservée, comme le droit de succession ordinaire s'exerce sur l'hérédité tout entière et auquel il faut en appliquer les règles. De là découlent plusieurs propositions que nous nous bornerons à énoncer, parce qu'elles ne sont plus contestées par la grande généralité des auteurs.

C'est la mort du *de cujus* qui fixe le droit à la réserve en même temps qu'elle en ouvre l'exercice ; l'héritier présomptif ne peut donc pas agir avant l'ouverture de la succession, telle est la conclusion que nous soutiendrons par la suite.

Les parents auxquels le Code civil accorde un droit de réserve n'en peuvent profiter qu'autant qu'ils acceptent la succession ; nous en concluons qu'il faut se porter héritier pour pouvoir agir en réduction. Les réservatai-

res, qui acceptent purement et simplement, se trouvent tenus des dettes de la succession, même *ultra vires* et sur leurs propres biens comme tous héritiers ; quant aux autres charges et notamment quant aux donations et aux legs ils sont bien tenus soit de les exécuter soit de les respecter mais seulement en tant qu'elles n'entament pas la réserve.

L'ordre de succession à la réserve est le même que celui dans lequel les héritiers sont appelés à l'hérédité entière, les plus proches excluent les plus éloignés sauf le bénéfice de la représentation. Nous ne tenons compte bien entendu que des réservataires et nous ne nous occupons que de l'ordre à établir entre eux, nous savons en effet que les ascendants sont admis à quelque degré qu'ils soient du défunt à prendre part à la réserve sauf leur exclusion par certains collatéraux qui n'y ont jamais droit cependant.

Quand plusieurs héritiers viennent en concours à la réserve, le partage entre eux doit se faire dans les mêmes conditions et d'après les mêmes règles que s'il s'agissait de partager l'hérédité tout entière. Il en est de même lorsqu'un réservataire se trouve en concours avec un légataire universel ; il peut demander sa part en nature dans les divers biens de la succession et exiger que les lots soient formés comme il est prescrit entre héritiers ordinaires.

CHAPITRE PREMIER

QU'EST-CE QUE L'ACTION EN RÉDUCTION. — A QUI
COMPÈTE-T-ELLE? — A QUELLE ÉPOQUE PREND-
ELLE NAISSANCE?

Il ne suffit pas au législateur d'avoir édicté des lois, il doit de plus en assurer l'exécution d'une manière efficace, sans quoi son œuvre resterait incomplète. Les lois positives n'ont de valeur qu'autant qu'elles sont vivifiées par une sanction qui oblige chacun à respecter les droits qu'elles proclament. L'action en réduction est le moyen, que le législateur du Code civil a mis entre les mains des héritiers au profit desquels il a institué une réserve, de faire valoir leurs droits à l'encontre des légataires et des donataires ; c'est la sanction de la réserve.

L'article 920 qui pose le principe de cette action est donc le complément nécessaire des articles 913 et suivants. Lorsque le défunt par des libéralités entre vifs ou testamentaires aura disposé d'une partie de son patrimoine supérieure à la quotité disponible, ses héritiers réservataires pourront au moyen de cette action atteindre les dispositions qui auront entamé la réserve et les faire réduire aux limites tracées par ces articles.

Voici comment s'exprime l'article 920 : « Les dispositions soit entre-vifs, soit à cause de mort qui excéderont la quotité disponible, seront réductibles à cette quotité lors de l'ouverture de la succession. »

On a critiqué le terme de réduction dont se sert le Code pour nommer l'action qu'il accorde aux réservataires sous le prétexte que cette action peut aboutir non seulement à la diminution de certaines libéralités, mais à leur anéantissement total. Bien que ce résultat puisse incontestablement se produire, on a répondu avec raison pour justifier cette expression que la loi n'avait pas envisagé telle ou telle libéralité en particulier mais l'ensemble des dispositions du défunt et qu'à ce point de vue le terme en question est parfaitement exact, puisque notre action a pour but de ramener ces dispositions aux proportions autorisées par la loi. Nous ajouterons que le Code a voulu statuer sur le *plerumque fit* et que tout d'abord cette action s'attaque aux legs pour les faire réduire, le plus souvent partiellement.

Quelle est la nature de l'action en réduction ? Elle a été qualifiée par certains commentateurs de personnelle *in rem scripta* (1), ou de personnelle réelle ou encore d'action mixte ; le sens de ces termes est assez difficile à fixer dans notre législation et l'on a même prétendu qu'il ne pouvait y avoir d'action réelle et personnelle en même temps et qu'une action ne pouvait réunir deux qualités qui s'excluent réciproquement (2). L'article 930 qui la traite d'action en revendication semble bien

(1) Troplong, Tome II, n° 941.

(2) Chauveau, Tome I, p. 280.

impliquer que c'est une action réelle. Nous concluons pourtant que c'est une action personnelle et voici comment nous arrivons à cette conclusion. On est d'accord pour reconnaître que la réduction n'a pas lieu de plein droit et qu'elle doit être demandée par les héritiers réservataires qui ne pourraient pas revendiquer de prime abord les objets donnés par le défunt. Ils doivent auparavant faire revivre leur droit de propriété et c'est au moyen de l'action en réduction qu'ils y arriveront, ce n'est qu'ensuite qu'ils pourront agir en revendication. C'est sans doute en considérant ce résultat que le Code semble l'appeler indifféremment action en réduction ou revendication. Mais nous devons distinguer deux effets successifs dont le premier résulte bien de l'admission de l'action personnelle des réservataires contre les légataires et donataires et consiste dans la résolution du droit de ces derniers, permettant alors au droit réel de s'exercer ; il faut donc voir aussi deux actions dont la seconde, celle en revendication, n'est que la conséquence de la première celle en réduction.

L'erreur, de ceux qui ne veulent voir qu'une action personnelle réelle au lieu de deux dont l'une donne naissance à l'autre, provient d'un défaut d'analyse. C'est au point de vue de la prescription que se révèle l'intérêt pratique de cette distinction : on admet que l'action en réduction prend sa source dans un quasi-contrat qui est implicitement renfermé dans le contrat de donation (1), or si l'on suppose que la réduction s'opère de plein droit

(1) On peut considérer aussi qu'un quasi-contrat résulte de l'acceptation d'un legs.

et dépouille *ipso facto* les donataires, ceux-ci auront beau être libérés de l'action personnelle, ils ne pourront pas malgré cela prescrire contre leur titre à l'effet d'acquérir et la revendication demeurera ouverte aux héritiers réservataires. Si au contraire nous exigeons, pour qu'elle prenne naissance et puisse s'exercer, l'admission préalable de l'action en réduction, dès que celle-ci sera prescrite les réservataires se trouveront sans ressource. C'est cette dernière solution que nous adoptons.

Il est donc nécessaire que les intéressés mettent l'action en mouvement et il va sans dire qu'ils sont libres de l'intenter ou non. Mais quels sont ceux qui ont ce droit ? A cette question nous trouvons la réponse dans l'article 921 : « la réduction des dispositions entre-vifs ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayant-cause ; les donataires, les légataires ni les créanciers du défunt ne pourront demander cette réduction ni en profiter ». Dans cet article, le Code spécifie d'une part ceux qui ont droit à la réduction et d'autre part ceux qui n'y ont pas droit et ne peuvent pas en profiter, c'est parce qu'il mentionne ces derniers qu'il parle seulement des donations et passe les legs sous silence. Ceux-ci en effet peuvent être réduits soit à la demande des créanciers en cas d'insuffisance du patrimoine pour acquitter les dettes de la succession, car personne ne peut faire de libéralités testamentaires au préjudice de ses créanciers, soit même à la demande d'autres légataires. Mais bien entendu il ne faut pas conclure du silence de la loi

quant aux legs que la réduction puisse en être demandée par d'autres héritiers que les réservataires.

Le principe posé par l'article 921 est donc que ce sont ceux au profit desquels la loi fait la réserve qui peuvent demander la réduction. Encore pour y avoir droit faut-il qu'ils se portent héritiers, car, nous l'avons dit, la réserve est une portion de la succession *ab intestat* et n'appartient pas à ceux qui répudient la succession. Tous ne l'admettent point cependant et on a invoqué contre notre opinion les travaux préparatoires du code où nous voyons que, tandis que le système qui n'admet le réservataire à la réserve et à la réduction qu'en qualité d'héritier avait triomphé au conseil d'État, ce fut le système contraire qui l'emporta devant le tribunat et on conclut que c'est ce dernier point de vue qui a inspiré la rédaction définitive de notre article. On objecte aussi que dans le système du conseil d'État qui exigeait la qualité d'héritier il faudrait logiquement admettre les créanciers à profiter de la réduction et que tel était en effet l'avis des membres du conseil d'État qui soutenaient ce système : on arriverait ainsi à faire produire à la loi un effet tout opposé à celui qu'elle visait, il faut donc pour rester dans l'esprit de la loi se contenter chez celui qui veut agir en réduction de la qualité de parent réservataire et ne pas exiger qu'il se porte héritier.

Nous répondons que nulle part dans notre loi la seule qualité d'enfant n'apparaît comme une manière d'acquérir, si elle n'est revêtue de la qualité d'héritier et qu'il n'y a pas contradiction à permettre aux héritiers

du donateur d'attaquer les libéralités que celui-ci était tenu de respecter. Ces libéralités sont soumises par la loi à une condition résolutoire tacite qui ne peut se réaliser qu'à la mort du donateur; le droit à la réduction ne prend naissance qu'à cette époque et c'est de la loi et non du *de cujus* que le tiennent ses héritiers. Quant aux créanciers ils n'ont rien à prétendre sur les biens atteints par la réduction, ces biens étaient définitivement sortis du patrimoine de leur débiteur qui avait personnellement perdu tout droit sur eux, ils avaient par conséquent cessé d'être leur gage.

Mais peut-on admettre que les réservataires puissent se porter héritiers pour la réserve seulement? C'était autrefois l'avis de Guy Coquille, mais dans notre législation actuelle cette opinion n'est pas soutenable. La réserve n'est pas en effet une succession particulière différente de la succession ordinaire; nous avons vu que le code ne la définit même pas directement et qu'elle résulte *a contrario* des limites imposées à la quotité disponible, c'est cette partie de l'hérédité dont le *de cujus* ne peut pas disposer librement. Par conséquent il nous semble impossible qu'un héritier puisse restreindre son acceptation à une partie de la succession.

Cette question de savoir si l'on peut prétendre à la réserve sans se porter héritier a été souvent agitée à propos du rapport, elle a donné lieu à plusieurs systèmes et à une foule d'arrêts en sens divers. Enfin la controverse a été tranchée par un arrêt de la Cour de cassation statuant toutes chambres réunies, du 27 no-

vembre 1863, et, depuis les cours d'appel se sont en général conformées à cette décision, qui prononce que la qualité de réservataire ne peut être séparée de celle d'héritier et que le donataire en avancement d'hoirie renonçant à la succession, ne peut retenir son don que jusqu'à concurrence de la quotité disponible sans qu'il lui soit permis en aucun cas, de cumuler sa part de réserve et la quotité disponible pour les retenir sur ce don. Cet arrêt n'a fait que consacrer un système soutenu par la généralité des auteurs. Il nous paraît que si un successible renonçant ne peut retenir sa réserve sur un don qu'il a reçu, à plus forte raison le successible qui ne se porte pas héritier ne peut-il faire réduire des libéralités pour le remplir d'une réserve qu'il n'a pas le droit de réclamer.

S'il est nécessaire que les réservataires se portent héritiers, la loi n'exige pas qu'ils acceptent purement et simplement la succession du *de cuius*. Il suffit au contraire qu'ils acceptent sous bénéfice d'inventaire. Les forcer à accepter purement et simplement ce serait aller directement contre l'esprit du code, qui a institué la réserve au profit de certains héritiers du défunt et non de ses créanciers; ces derniers devenant par l'acceptation pure et simple de la succession créanciers personnels des réservataires recueilleraient en définitive le bénéfice de la réserve.

L'article 921 admet formellement les héritiers et ayants-cause des réservataires à profiter de la réduction et à la demander; le bénéfice de la réserve n'est pas limité à la personne des réservataires, c'est un droit hé-

réditaire qui est susceptible d'être transmis, donné, cédé, et qui devient le gage des créanciers personnels des réservataires. Non seulement ils peuvent en profiter lorsque ce droit a été exercé par leur débiteur, mais nous pensons qu'ils pourraient exercer l'action en réduction en son nom en vertu de l'article 1166, parce qu'il ne s'agit pas ici d'un droit exclusivement attaché à la personne, et même qu'ils pourraient attaquer, au moyen de l'article 1167, la renonciation frauduleuse de leur débiteur. Tout ceci est conforme aux principes généraux de notre législation. Un point discutable est de savoir si le *de cujus* pourrait dans l'intérêt même de son héritier, lui donner sa réserve sous des conditions qui tendraient à la soustraire à l'action de ses ayants-cause ; si l'on admet que la réserve est attribuée à l'héritier directement par la loi en dehors de la volonté du défunt, il faut logiquement conclure qu'elle doit lui parvenir absolument libre, quand bien même cela devrait tourner au désavantage du réservataire. Ainsi la clause qui tendrait à soustraire la réserve de l'enfant à la jouissance légale accordée au père ou à la mère par l'article 384 du Code civil, serait nulle et non avenue ; il en serait de même de celle qui grèverait la réserve de substitution. En un mot la réserve doit parvenir entre les mains de l'héritier réservataire, franche de toutes charges ou modalités.

Puisqu'en principe l'action en réduction appartient à tous héritiers réservataires, c'est ici l'occasion d'examiner quels sont précisément ceux auxquels la loi accorde une réserve ; ce sont en général, avons-nous dit,

tous les ascendants et tous les descendants ; cependant quelques cas ont soulevé des controverses.

De ce que l'article 913 ne mentionne expressément que les enfants légitimes, on s'est demandé si les enfants adoptifs et surtout les enfants naturels, devaient être privés de tout droit à une réserve ou s'il fallait les assimiler aux légitimes, les derniers pour une partie seulement.

Les enfants adoptifs doivent être assimilés aux légitimes au point de vue qui nous occupe, l'article 350 qui est très formel à cet égard leur donne les mêmes droits sur la succession de l'adoptant qu'aux enfants nés en mariage, quand même il y aurait d'autres enfants de cette qualité nés depuis l'adoption. Aussi tout le monde est-il d'accord sur le principe, mais c'est dans l'application que l'on diffère. Il en est qui n'admettent pas que l'adopté puisse invoquer le droit à une réserve à l'encontre des donations entre-vifs et s'appuient sur le texte même de l'article 350, qui ne vise pas les biens sortis du patrimoine de l'adoptant avant son décès. Cette distinction ne nous paraît pas fondée : du moment qu'on reconnaît à l'adopté la qualité de réservataire, la succession comprend à son égard non seulement les biens existants au décès de l'adoptant mais encore les biens donnés entre-vifs, qui doivent être remis fictivement dans la succession pour le calcul de la réserve et soumis à la réduction, s'il y a lieu.

D'autres ont voulu distinguer au moins entre les donations antérieures et les donations postérieures à l'adoption et limiter à ces dernières le droit de l'adopté,

sous ce prétexte que l'adoption serait un moyen de faire tomber des libéralités qui en principe sont irrévocables. Nous rejetons également cette limitation et nous répondons que le principe de l'irrévocabilité des donations les laisse néanmoins soumises à des chances de réduction provenant de faits postérieurs, tels que la survivance d'enfants ; or nous assimilons de tous points l'adopté à l'enfant légitime.

Quant à décider si l'enfant naturel a droit à une réserve, ce point est plus délicat à trancher. L'article 913 ne paraît nullement s'appliquer à lui, d'autre part aucun texte ne lui accorde un droit de réserve ; si l'on réfléchit que ce droit est une exception aux principes généraux de notre législation, il semble qu'on ne puisse pas le reconnaître sans un texte formel et que par conséquent on doive le refuser à l'enfant naturel. C'est pourtant l'opinion contraire qui a prévalu en doctrine et en jurisprudence : elle se fonde sur un argument tiré de l'article 757. Cet article, qui refuse à l'enfant naturel le titre d'héritier, lui accorde dans la succession de ses père et mère certains droits, qui sont, dit-on, à la quotité près de même nature que ceux de l'enfant légitime et doivent être également protégés.

Cet argument n'a pas paru sans réplique : nous n'admettons pas assurément que l'enfant naturel ait un droit de créance dont la conséquence logique serait de le faire venir en concours avec les créanciers du *de cujus*, ce qui n'est pas possible ; nous reconnaissons au contraire que c'est bien un droit de succession que lui donne le Code, cela ressort de l'article 723 qui nous dit qu'à défaut

d'héritiers légitimes les biens passent aux enfants naturels, mais nous ne voyons pas que le Code nulle part mette une limite à la liberté de disposition des parents à l'encontre de l'enfant naturel. Malgré tout nous tenons pour acquis l'argument tiré de l'article 757, la conséquence qu'on en tire nous paraissant équitable.

Signalons encore un autre argument tiré de l'article 761 qui permet aux père et mère naturels de réduire leur enfant à la moitié de la portion que lui attribue la loi pourvu qu'ils lui aient donné cette moitié de leur vivant. C'est donc, conclut-on, qu'il n'est pas possible d'enlever à l'enfant naturel tout droit à la succession de ses parents. On a répondu que cette argumentation repose sur une méprise et que l'article 761 ne s'occupe pas de savoir jusqu'à quel point l'enfant naturel peut être dépouillé par des libéralités faites à d'autres, mais bien de savoir si sans disposer on peut limiter son droit, ce qui est un ordre d'idées tout différent.

Étant admis le droit de l'enfant naturel à une réserve, quel en sera le montant? En continuant à s'appuyer sur l'article 757 on décide qu'il faut le calculer sur les mêmes bases que sa vocation héréditaire elle-même et qu'ainsi la réserve sera du tiers, de la moitié ou des trois quarts de ce qu'elle aurait été s'il eût été légitime, suivant que ses parents laisseront des descendants, ou des ascendants, des frères ou sœurs, ou bien seulement des héritiers plus éloignés. Ajoutons qu'on est d'accord pour ajouter aux frères et sœurs leurs descendants qu'on admet à les représenter.

Ainsi la réserve de l'enfant naturel en présence d'un

seul enfant légitime sera d'un neuvième, c'est-à-dire du tiers de ce qu'elle eût été en le supposant légitime, elle sera d'un douzième s'il y a deux enfants légitimes. Si ses parents laissent des ascendants ou des frères et sœurs (ajoutons ou descendants d'eux) sa réserve sera d'un quart c'est-à-dire de la moitié de ce qu'elle eût été ; s'il n'y a que des collatéraux plus éloignés elle sera des trois huitièmes c'est-à-dire des trois quarts de la moitié qu'elle eût été.

Les difficultés de calcul sont bien plus grandes quand il y a plusieurs enfants naturels ; il faut procéder ici d'après le système adopté par la jurisprudence pour le calcul de la part héréditaire des enfants naturels dans le cas où ils se trouvent plusieurs en concours avec un ou plusieurs enfants légitimes. On suppose que tous sont légitimes et on calcule la réserve qu'ils auraient dû avoir ainsi, puis on attribue un tiers du chiffre trouvé à chaque enfant naturel. Ce système a l'avantage d'être de beaucoup le plus simple et le plus pratique.

La réserve de l'enfant naturel l'autorise à demander la réduction des donations aussi bien que des legs et même parmi les donations il n'y a pas à distinguer si elles sont postérieures ou antérieures à la reconnaissance. Nous avons déjà repoussé cette distinction au sujet de l'adoption, à plus forte raison, faut-il la rejeter ici, car la reconnaissance s'impose comme un devoir.

La réserve de l'enfant naturel ne peut pas être réduite à moitié ; et les dispositions de l'article 761 applicables à la portion héréditaire ne doivent pas être étendues à la réserve, à moins cependant que celle-ci ne soit supé-

rieure à la moitié de la portion héréditaire. Dans ce dernier cas si l'enfant naturel avait reçu du vivant de ses père et mère la moitié de cette portion avec la déclaration prescrite par l'article 761, il ne pourrait plus réclamer le surplus de sa réserve.

Il nous reste un point délicat à régler : il s'agit de déterminer aux dépens de qui s'exercera la réserve de l'enfant naturel qui se trouve en concours avec des donataires ou légataires d'une part et des réservataires d'autre part. Faut-il prendre la réserve de l'enfant naturel sur la réserve des héritiers, sur la quotité disponible ou proportionnellement sur les deux à la fois ?

Nous écartons tout d'abord une opinion qui consiste à faire prélever la réserve de l'enfant naturel sur la masse de la succession, puis à calculer ensuite seulement la réserve des enfants légitimes et la quotité disponible. Cette opinion part d'une idée que nous avons repoussée, savoir que la réserve de l'enfant naturel ne serait qu'un droit de créance, et conduit à des résultats inacceptables. Si par exemple nous supposons trois enfants légitimes et un naturel et que nous prélevions d'abord la réserve de celui-ci, soit un seizième, avant toute autre opération, puis que nous déterminions ensuite seulement la réserve des trois enfants légitimes, nous nous apercevons que la présence de l'enfant naturel diminue plus le disponible qu'un quatrième enfant légitime, ce qui est inadmissible.

Il faut donc procéder autrement et nous posons cette règle : c'est que la réserve de l'enfant naturel doit diminuer la réserve des enfants légitimes et la quotité dispo-

nible ou seulement l'une ou l'autre, comme elles auraient été diminuées dans une proportion plus grande s'il eut été légitime. Appliquons notre règle et voyons d'abord le cas où l'enfant naturel est en concours avec des descendants. Supposons deux enfants légitimes et 60,000 francs, la quotité disponible est du tiers, soit 20,000, francs, et la réserve de 40,000 francs, soit 20,000 francs pour chaque enfant. Introduisons un enfant naturel : s'il eut été légitime, la portion disponible eut été réduite à 15,000 francs et la réserve eut été de 45,000 francs soit de 15,000 pour chacun, de sorte que la réserve du troisième enfant eut été prise sur la quotité disponible pour un tiers et sur la réserve pour deux tiers. Mais comme il n'est que naturel, sa réserve est de 50,000 francs seulement qui devront être pris pour deux tiers sur la réserve et pour l'autre tiers sur la quotité disponible. Si nous supposons trois enfants légitimes ou plus, la réserve de l'enfant naturel se prélèvera exclusivement sur la réserve des enfants légitimes parce qu'il en eut été ainsi s'il eut été légitime.

De sorte que la réserve du naturel se prend proportionnellement sur celle des enfants légitimes et sur la quotité disponible, quand il y a un ou deux enfants légitimes, et exclusivement sur la réserve de ceux-ci quand ils sont trois ou davantage.

Si nous examinons maintenant le cas où l'enfant naturel se trouve en concours avec des ascendants, nous pouvons supposer en premier lieu qu'il s'en trouve dans les deux lignes et alors sa réserve eut écarté celle des ascendants, elle devra donc être prise tout entière sur la

leur. S'il existe des ascendants dans une seule ligne, sa réserve se prendra pour moitié sur leur réserve et pour l'autre moitié sur le disponible, comme elle aurait été prise s'il eut été légitime.

Nous savons que les collatéraux privilégiés excluent les ascendants autres que père et mère, bien qu'ils n'aient pas droit comme eux à une réserve. Cette anomalie peut donner lieu à des situations embarrassantes à trancher. Nous pouvons supposer d'abord un cas qui ne présente pas grande difficulté : le *de cujus* a laissé un frère et des ascendants autres que père et mère et a disposé en legs particuliers de la totalité de ses biens, les ascendants ne se trouvant pas en ordre utile pour succéder ne peuvent faire valoir leur droit à la réserve. Mais si le frère renonce, ils pourront alors réclamer leur réserve parce que le renonçant est alors réputé n'avoir jamais été héritier, tandis que les ascendants sont au contraire tenus avec raison pour héritiers directs du *de cujus* avec leur qualité de réservataires. Ceci est, croyons-nous, admis aujourd'hui mais a donné lieu cependant à contestation ; on a prétendu que le seul fait de l'existence d'enfants ou de frères et sœurs au moment du décès suffisait à empêcher définitivement le droit à la réserve des ascendants de s'exercer, parce que le Code règle la réserve d'après la qualité des parents existant au moment du décès. Cette thèse, qui tend à refuser la qualité d'héritiers aux ascendants précédés par des descendants ou des collatéraux privilégiés, même quand ceux-ci ne viennent pas à la succession, par crainte d'une collusion entre eux, ne nous paraît pas admissible.

Mais il est une hypothèse particulière qui est beaucoup plus délicate et plus controversée. La voici : le *de cujus* laisse des ascendants et un frère et a disposé de la totalité de ses biens par voie de legs universel ; que décider en ce qui touche la réserve ? Trois solutions ont été proposées :

1^o Le testament a écarté le frère au moyen du legs universel, de sorte que les ascendants se trouvent désormais en ordre utile pour invoquer le droit à la réserve. Nous repoussons sans hésiter cette première solution : s'il est vrai que le testament a eu pour effet d'écarter le frère, ce n'est pas pour mettre à sa place les ascendants, il conserve au contraire son titre d'héritier et a seule qualité pour critiquer le testament.

2^o Le deuxième système, s'appuyant sur ce que le légataire universel a la saisine, décide qu'en tout état de cause le legs universel doit s'exécuter, parce que le légataire universel en présence du frère a été valablement et définitivement saisi. Peu importerait donc que celui-ci désormais renoncât, car sa vocation n'existe plus.

3^o Le troisième système distingue suivant que le frère renonce ou non : s'il ne renonce pas, les ascendants n'ont point qualité pour critiquer le legs universel qui ne leur fait point tort ; mais s'il renonce, sa renonciation donne ouverture à la vocation des ascendants qui sont alors en ordre utile et peuvent invoquer leur droit à la réserve. On décide donc ici comme pour les legs particuliers ; on reproche à ce système de favoriser la collusion entre le frère et les ascendants et on lui objecte que le frère n'étant pas appelé à la succession fait une renonciation

inutile et sans objet. C'est le système adopté par la jurisprudence. (Cass. 24 février 1863. Verdeillan des Molles c. veuve Panafieu. Dalloz 1863, p. 121-123. — Cass. 22 mars 1869. Maillard c. Leullier. Dalloz, p. 431. — Montpellier, 19 nov. 1857. Dall. 1858, p. 25. Vve Fornier c. Vve Sarraïl).

Faut-il admettre une réserve au profit des père et mère naturels ? telle est encore une question des plus controversées. On a invoqué, pour et contre, les termes de l'article 915, les uns s'appuyant sur leur généralité qui ne comporte pas de distinction, suivant eux, entre les parents légitimes et les parents naturels ; les autres soutenant qu'il ne vise exclusivement que les parents légitimes. Les partisans d'une réserve ont invoqué aussi le principe de réciprocité qui est la règle ordinaire des vocations héréditaires, le fondement de la réserve qui repose sur l'obligation alimentaire, l'inconséquence qu'il y aurait à attribuer aux père et mère naturels la succession de leur enfant décédé sans postérité (art. 765) et à permettre à cet enfant de les priver de tout ce que la loi leur accorde pour en gratifier des étrangers. Les adversaires répondent qu'il est impossible de reconnaître un droit exceptionnel comme la réserve à défaut d'un texte qui la prévoie au moins implicitement et que ce texte fait absolument défaut ; que c'est à tort qu'on parle de réciprocité, car la situation des parents coupables ne peut être aussi favorable que celle d'un enfant qui n'a aucune faute à se reprocher ; que si les parents naturels avaient droit à une réserve, elle serait la même que celle des parents légitimes, ce qui est vraiment inadmissible ; enfin

que l'obligation alimentaire ne suppose pas toujours un droit de réserve, puisqu'elle existe entre des alliés qui ne sont nullement appelés à se succéder.

Bien que dans certains cas l'absence de tout droit de réserve au profit des père et mère naturels puisse aboutir à un résultat inique, nous croyons qu'il est impossible d'en trouver trace dans le Code et nous nous résignons à le refuser. La Chambre civile de la Cour de cassation s'est du reste prononcée dans ce sens par arrêt du 26 décembre 1860. (Dalloz, 1861, p. 21. — Saint-Héran et Bouchet c. Camus). En décidant que les parents naturels n'avaient aucun droit de réserve la Cour revenait sur un arrêt en sens contraire de la Chambre des requêtes du 3 mars 1846. (Dalloz, 1846, p. 87. Rothberg c. dame Mangin).

Nous abordons une autre question qui n'est pas non plus résolue par le Code et qu'il faut par conséquent trancher à l'aide des principes. Les héritiers réservataires d'un absent peuvent-ils, après avoir obtenu l'envoi en possession provisoire, demander la réduction des donations entre-vifs faites à des tiers ? Rappelons ici que l'envoi en possession provisoire est fondé sur la présomption du décès de l'absent, mais que cependant le décès n'est pas établi et que c'est à ceux qui l'invoquent contre des tiers à le prouver. Or dans notre cas nous supposons des tiers possédant en vertu d'un titre émané de l'absent sous une condition résolutoire qui ne pourra se vérifier qu'à son décès. On comprend pourquoi nous avons posé la question dans les termes ci-dessus ; nous avons laissé de côté les dispositions testamentaires qui

subordonnées à la mort du testateur ne peuvent évidemment s'exécuter que dans les limites auxquelles les réduirait cette mort ; de même nous avons supposé des tiers, parce que les héritiers présomptifs envoyés en possession seraient mal venus à invoquer le décès d'une part et à le contester d'autre part ; nous assimilerions à des tiers les héritiers qui se seraient abstenus de demander l'envoi en possession.

L'existence de l'absent est incertaine, la loi autorise ses héritiers présomptifs à demander l'envoi en possession provisoire des biens qui lui appartenaient au jour de sa disparition, voilà deux points qui ne font pas doute ; mais cela ne suffit pas à donner ouverture à l'action en réduction. Il est vrai que la loi pose une présomption de mort, mais elle a soin de spécifier que les droits subordonnés au décès de l'absent, qui pourront être exercés, sont ceux portant sur les biens lui appartenant ; elle ne permet pas à ses héritiers d'exercer contre des tiers une action qui ne leur appartiendrait qu'au cas où le décès serait prouvé. Les biens que l'absent a donnés entre-vifs sont définitivement sortis de son patrimoine quant à lui et il n'avait même pas une action qui lui permit de les recouvrer. L'action, qui compète à ses héritiers pour demander la réduction, leur est octroyée directement par la loi, nous l'avons exposé déjà ; or l'envoi en possession provisoire n'autorise point les héritiers à faire valoir leurs propres droits contre les tiers en dehors des conditions posées par la loi ; nous concluons donc qu'ils ne peuvent pas demander la réduction.

Une objection embarrassante se dresse devant notre

système, nous ne pouvons la passer sous silence. Si l'action en réduction ne doit être intentée qu'à l'ouverture de la succession, c'est-à-dire lorsque le décès sera prouvé, nous dit-on, vous n'avez fait que reculer la difficulté sans la résoudre ; à quel moment permettrez-vous donc de l'intenter, puisque le décès ne sera peut-être jamais prouvé ? Il est vrai que l'envoi en possession définitif n'établit pas le décès, mais il fortifie tellement la présomption qu'on est bien obligé par la force des choses de l'admettre implicitement et le Code lui attribue d'autres effets qu'à l'envoi provisoire, entre autres cet effet considérable de dissoudre la communauté. Nous ne pouvons pas sans tomber dans l'absurde supposer l'absent éternellement vivant et s'il est un moment où doit prendre fin la situation provisoire, c'est lors de l'envoi définitif ; aussi pensons-nous qu'à ce moment l'action en réduction pourra être exercée.

M. Demolombe a prêté son autorité à la défense de ce système, qui a été adopté également par MM. Aubry et Rau ; M. Demante au contraire considérant les avantages pratiques de la solution qui permet de régler dès l'envoi provisoire la situation de la manière la plus probablement conforme à la réalité, s'est rallié au système opposé et admet dès cette époque l'introduction de la demande en réduction.

L'article 1079 dit que le partage d'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart et qu'il pourra l'être aussi dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne

le permet. On s'est demandé quelle était la nature de l'action qui compète à l'héritier lésé et cette question a donné naissance à trois systèmes, qui tous trois ont été plus ou moins consacrés par des décisions judiciaires.

Le premier soutient que dans les deux cas prévus par l'article 1079 l'héritier lésé ne peut obtenir que la réduction des attributions excessives; ce système ne nous paraît pas soutenable et est, croyons-nous, abandonné depuis longtemps.

Le second estime que dans l'article 1079 le mot « attaqué » comprend à la fois l'action en rescision et l'action en réduction suivant les cas. Le troisième pense au contraire que dans les deux cas prévus le Code vise exclusivement l'action en rescision pour lésion. Nous croyons qu'il pourrait y avoir lieu en effet, comme le veut le second système, à l'action en réduction si dans un partage d'ascendant le disposant donnait par préciput à l'un de ses enfants une portion excédant la quotité disponible. Mais tel n'est pas, à notre avis, le cas spécialement prévu par la deuxième partie de l'article 1079, qui est, suivant nous, celui-ci : le père dans une disposition par préciput a donné toute ou presque toute la quotité disponible, mais sans entamer la réserve; puis dans le partage des biens réservés il a attribué au donataire une part supérieure à celle des autres d'une quantité inférieure au quart et qui par conséquent ne saurait donner lieu à l'action en rescision pour lésion de plus du quart. D'un autre côté la donation préciputaire n'a pas dépassé la quotité disponible et ne peut donner lieu à réduction. Mais les deux avantages réunis

font qu'en somme l'un des enfants a reçu plus que la loi ne permet ; alors la loi qui vient de déclarer que le partage pourra être rescindé pour lésion de plus du quart prononce que dans ce cas d'un avantage excessif il pourra être attaqué de même sans qu'il soit nécessaire que la lésion atteigne le quart.

Exemple : Un père a deux enfants et laisse soixante mille francs ; il a donné à Primus dix-neuf mille francs, puis dans le partage lui a attribué une part valant vingt-deux mille francs, tandis que celle de Secundus ne vaut que dix-neuf mille. Bien que Secundus ait reçu dans le partage plus des trois quarts de sa part, il pourra néanmoins l'attaquer.

Si telle est bien l'hypothèse prévue par le code, il nous paraît clair que c'est l'action en rescision qu'il accorde ici comme dans la première partie de l'article pour faire réformer le partage. Nous admettons dans les deux cas de l'article 1079 l'application des dispositions de l'article 891.

Il est bien entendu que si la donation précipitaire à elle seule dépassait la quotité disponible, l'héritier lésé pourrait recourir à l'action en réduction ; nous croyons enfin qu'il aurait le choix entre les deux actions si sa réserve était entamée et qu'en même temps le partage le frustrât d'une quotité inférieure au quart, parce qu'ainsi nous ne sortons pas des termes de l'article 1079. Nous inclinons toutefois à penser que cette dernière hypothèse n'a pas été spécialement prévue par les rédacteurs du code et que c'est en définitive le troisième système qui se place le mieux dans leurs prévisions.

A défaut de la deuxième partie de l'article 1079 les dispositions du père de famille ne pourraient pas être attaquées, puisque nous supposons d'une part que la quotité disponible n'a pas été dépassée et que d'autre part la lésion résultant du partage est inférieure au quart; chacune des dispositions prises à part est donc régulière. Mais comme de l'ensemble résulte un avantage plus considérable que le disponible au profit de l'un des co-partagés, la loi décide que le partage pourra aussi être attaqué dans ce cas; c'est donc bien la même action dont elle vient de parler dans la première partie de l'article qu'elle accorde de nouveau, c'est évidemment l'action en rescision. Il est vrai qu'en règle générale la loi ne tient pas compte dans les partages de la lésion qui est inférieure au quart, mais ici précisément elle fait exception et permet d'attaquer le partage parce que la volonté du père de famille d'avantager l'un de ses enfants au détriment des autres, volonté que fait clairement apparaître le don précipitaire, lui rend suspecte la moindre lésion. Et il est logique d'avoir accordé l'action en rescision, car c'est bien le partage qui lèse le co-partagé, plus ou moins, peu importe puisque la loi entend ici tenir compte de la moindre lésion du moment qu'elle profite à un enfant qui a déjà bénéficié de toute la quotité disponible; il ne pouvait pas au contraire y avoir lieu à réduction puisque la réserve n'avait pas été entamée par les dispositions précipitaires.

L'action en réduction dure trente ans : on est à peu près d'accord pour reconnaître que l'action en rescision

ne dure que dix ans, tout au moins lorsque le partage a eu lieu entre vifs ; dans ce cas, même certains qui tiennent pour l'action en réduction, en limitent la durée à dix ans.

Nous avons fini d'examiner le premier point de l'article 921, c'est-à-dire quelles personnes ont droit à l'action en réduction ; nous abordons maintenant l'examen du second point ainsi formulé : « les donataires, les légataires, ni les créanciers du défunt ne pourront demander cette réduction ni en profiter ». On a critiqué cette disposition finale comme superflue ; il suffisait, a-t-on dit, d'avoir déterminé limitativement les personnes en faveur desquelles le législateur admettait un droit évidemment exceptionnel, et il était surtout fort inutile de spécifier que les légataires et les donataires n'y pouvaient prétendre, car raisonnablement il est impossible de leur reconnaître un pareil droit ; le soin que prend la loi de le leur refuser pourrait, ajoute-t-on, laisser supposer qu'elle aurait pu le leur accorder.

Nous n'apercevons pas en effet l'utilité qu'il y avait à viser les donataires et les légataires, mais encore vaut-il mieux pécher par excès de précision que par obscurité ; quant aux créanciers le législateur a eu raison de trancher formellement une controverse qui avait divisé le conseil d'État et le tribunal, comme nous l'avons vu, après avoir fort embarrassé nos anciens auteurs et qui menaçait de s'éterniser. La question a été résolue par le code d'une manière conforme aux intérêts des réservataires et sans blesser l'équité ; les créanciers héréditaires se plaindraient à tort des donations

antérieures à leurs créances, et à l'encontre des autres ils ont le secours de l'article 1167 ; nous savons que les legs ne peuvent leur porter préjudice en vertu du principe qu'on formule souvent ainsi : « non sunt boni nisi deducto ære alieno » et qu'on exprime encore par cet autre brocard : « nemo liberalis nisi liberatus. »

L'on peut prévoir un cas où les créanciers héréditaires profiteront de la réduction, c'est quand l'héritier réservataire aura eu l'imprudence d'accepter purement et simplement une succession mauvaise ; mais alors ce ne sera plus comme créanciers du *de cujus* qu'ils agiront, mais en qualité de créanciers de l'héritier et nous avons dit que ceux-ci pouvaient invoquer l'article 1166.

On fait remarquer qu'il peut arriver comme conséquence des règles de la réduction que les donations faites entre vifs par le *de cujus*, au lieu de causer le moindre préjudice à ses héritiers réservataires deviennent au contraire par la suite leur unique ressource. Cela est possible en effet et se produira quand le défunt laissera une succession chargée de dettes qu'auraient à peine suffi à éteindre les donations entre-vifs. La liquidation de la succession n'aurait rien donné aux héritiers même en y comprenant les biens donnés, tandis que par la réduction ils obtiendront tout au moins une partie de ces biens. Ce résultat n'est pas inique, nous l'avons démontré, et ne blesse en rien les principes de la justice et de l'équité, puisque ce n'est pas au détriment des créanciers que la loi procure cet avantage aux héritiers réservataires, mais en retirant aux dona-

taires, dont la situation est vraiment moins digne d'intérêt que celle des réservataires, une partie des libéralités que leur avait trop généreusement octroyées le défunt.

Ces explications devraient suffire, malheureusement les commentateurs qui s'ingénient à trouver un sens caché sous chaque mot du code ne pouvaient pas laisser la mention que fait l'article 921 des donataires et légataires, sans y découvrir une portée que les rédacteurs n'avaient certainement pas entrevue. En partant de cette idée préconçue que l'article 921 devait nécessairement viser un cas déterminé, on a imaginé de l'appliquer à celui où un donataire menacé par la réduction voudrait renvoyer le réservataire à se pourvoir d'abord contre un donataire antérieur dont la donation serait nulle. On a prétendu qu'en ce faisant le donataire menacé violerait l'article 921 parce qu'il profiterait ainsi de la réduction. Il est encore une autre situation spéciale qu'on a cru visée par les termes de notre article, c'est celle d'un donataire menacé de réduction qui renverrait le réservataire à attaquer une donation antérieure ayant outrepassé les limites de la quotité disponible entre époux fixées par les articles 1094 et 1098. Pour contester ce droit au donataire menacé on a fait valoir que les enfants du premier lit tenant les biens, qui proviennent de la réduction subie par la seconde femme, non pas de la libéralité du défunt mais du bénéfice de la loi, ne devaient pas les imputer sur leur réserve ; on a fait valoir aussi bien entendu que la réduction ne peut être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve et enfin que le donataire ne pouvait avoir plus

de droits que le donateur qui certainement n'aurait pas pu demander la réduction de la libéralité excessive dont il avait gratifié son conjoint. Ces propositions sont exactes en elles-mêmes mais la conclusion qu'on en veut tirer est défectueuse ; il n'est venu à l'idée de personne de refuser sous de pareils prétextes à un donataire s'appuyant sur l'article 923 le droit de résister à une demande en réduction et de renvoyer l'héritier réservataire à se pourvoir d'abord contre les donataires postérieurs ; qui oserait en effet prétendre qu'en agissant ainsi il viole l'article 921 en demandant la réduction et en cherchant à en profiter ? Personne ne l'a soutenu et l'article 923 est trop net pour qu'on ait osé tenter une semblable interprétation. Or nous estimons que les donataires et les légataires qui, cherchant à conserver ce que le *de cujus* leur a donné dans les limites de la quotité disponible ordinaire, veulent établir que cette quotité n'a pas été dépassée et indiquent au réservataire des biens dont la donation illégale n'a pas pu le dépouiller, sont absolument dans leur droit. Ils ne demandent pas pour eux la réduction, pas plus que le donataire qui indique des donations postérieures à la sienne ; ils refusent seulement de la subir et avec raison, puisque le réservataire a le moyen d'obtenir sa réserve sans faire tomber les libéralités régulièrement faites. Il est vrai qu'ils profitent indirectement de la réduction ; mais ne peut-on pas en dire autant des donataires ou des légataires actionnés à tort et qui invoquent les dispositions de l'article 923 ? Ce n'est donc certainement pas à cette situation qu'a voulu parer la loi.

Maintenant que nous connaissons le but de l'action en réduction, il nous est facile de comprendre à quelle époque elle pourra être exercée. Destinée à assurer au réservataire le recouvrement de sa réserve, c'est-à-dire d'un droit de succession selon ce que nous avons admis, elle ne peut évidemment s'ouvrir qu'au moment où s'ouvre la succession elle-même et cet instant est celui de la mort du *de cuius*.

Notre loi permet bien aux parents de se dépouiller de leur vivant en faveur de leurs enfants, elle leur fournit même les moyens de faire eux-mêmes le partage anticipé de leurs biens, mais elle n'autorise pas les enfants à exiger de leurs parents aucun avancement d'hoirie. L'article 204 prend même soin de spécifier que « l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement, » afin de prévenir le moindre doute à cet égard ; on sait que dans nos pays de droit écrit la fille avait comme à Rome une action contre son père pour le forcer à la doter. Nous ne voyons donc aucune exception à notre règle, car nous ne considérons pas comme telles l'obligation alimentaire, ni à plus forte raison celle d'élever les enfants.

Nos anciens jurisconsultes décidaient que la légitime ne pouvait être réclamée du vivant des parents, pas même lorsque les prodigalités du père la mettaient en péril ; il y avait pourtant quelques dissidences sur ce dernier point. Aujourd'hui nous ne voyons d'autres ressource dans un cas semblable que de provoquer l'interdiction du père dissipateur ou de recourir à la nomination d'un conseil judiciaire, suivant que le père est

atteint dans ses facultés mentales ou coupable de prodigalité.

Les réservataires n'ont pas davantage d'action contre les donataires entre-vifs tant que la succession n'est pas ouverte, cela est évident, et le donateur n'en a pas lui-même. Nous n'apercevons même pas ici la moindre ressource contre la dissipation des biens donnés et les réservataires n'ont aucun moyen de se prémunir contre l'insolvabilité future des donataires.

Le principe est donc que la réserve étant un droit héréditaire, l'action en réduction ne peut s'ouvrir qu'avec la succession du parent qui y est soumis ; tous les auteurs sont d'accord pour l'admettre et ne prévoient pas en général qu'il comporte quelque restriction. Cependant M. Demolombe se plaçant dans l'hypothèse où par fraude un père se mettrait à dénaturer sa fortune pour la soustraire à la destination que lui impose la loi, ou encore supposant un donataire qui dans le but d'éluder la restitution que lui présage la ruine du donateur ne rougirait pas de saccager les biens donnés, incline à penser qu'il appartiendrait aux tribunaux de prescrire des mesures conservatoires. Il semble admettre par exemple qu'un fils voyant son père prêt à simuler des ventes d'immeubles dans le but de rendre illusoire l'action en réduction pourrait être autorisé à requérir une action hypothécaire sur ces immeubles. Malgré toutes les réserves dont le savant jurisconsulte entoure cette thèse qu'il sent bien hasardée, il nous est impossible de partager son opinion ; outre que nous ne voyons pas bien comment une hypothèque pourrait garantir en

l'absence de tout contrat un droit purement éventuel qui n'a encore aucune existence légale, une obligation qui n'est pas née et ne naîtra peut-être jamais, il ne nous paraît pas possible qu'un jugement qui ne pourrait pas même contenir le germe d'une condamnation autorise une réquisition d'hypothèque. Nous concluons donc que dans l'état actuel de la législation le réservataire qui verrait compromettre de propos délibéré sa réserve future, n'aurait aucun moyen direct de s'y opposer et serait réduit à invoquer les articles 489 et 513.

CHAPITRE II

QUAND Y A-T-IL LIEU A LA RÉDUCTION. — OPÉRATIONS NÉCESSAIRES POUR ÉTABLIR QUE LA RÉSERVE A ÉTÉ ENTAMÉE.

Pour qu'il y ait lieu à réduction, il faut que la réserve ait été entamée et suivant la règle ordinaire c'est au demandeur c'est-à-dire dans notre matière au réservataire à faire la preuve. Que prétend-il ? que le *de cujus* a dans ses largesses outrepassé les bornes posées par la loi et qu'il y a lieu par conséquent de les ramener aux limites tracées par elle. Pour justifier sa prétention, il lui faut : 1° établir la quotité dont pouvait disposer le défunt en raison de l'état de sa fortune au jour de son décès ; 2° puis celle dont il a disposé en libéralités devant s'imputer sur la première et 3° faire ressortir de la comparaison de ces deux quotités que celle dont il a disposé est supérieure à celle dont il lui était permis de disposer.

De ces trois points les deux premiers exigent pour être mis en lumière quelques développements ; lorsqu'ils nous seront connus, le troisième nous apparaîtra par leur simple rapprochement.

1°. — C'est l'article 922 qui nous indique le moyen de déterminer la quotité disponible dans ces termes : « La réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existants au décès du donateur ou testateur. On y réunit fictivement ceux dont il a été disposé par donations entre-vifs, d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au temps du décès du donateur. On calcule sur tous ces biens après en avoir déduit les dettes, quelle est eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse la quotité dont il a pu disposer. »

Le procédé que nous indique la loi comprend quatre opérations successives qui consistent : 1° à former une masse des biens laissés par le défunt et de ceux donnés par lui ; 2° à évaluer ces biens ; 3° à défalquer les dettes ; 4° à calculer la quotité disponible sur la somme obtenue par ces trois opérations et suivant le nombre et la qualité des réservataires. Nous allons reprendre chacune d'elles dans l'ordre indiqué.

§ 1. — Formation de la masse.

Cette masse se compose d'abord de tous les biens laissés par le défunt, quelles que soient leur nature et leur origine, sans qu'il y ait lieu de distinguer les biens dont le *de cujus* a disposé par testament et ceux qui n'ont été l'objet d'aucune disposition : au point de vue qui nous occupe les biens légués par le défunt ne sont pas sortis de son patrimoine. Nous comprendrions également les biens qui auraient fait l'objet d'une donation à venir et en un mot tous les biens dont le défunt ne se serait pas

effectivement dessaisi de son vivant ; ce sont ceux qu'on appelle les biens extants.

Ici se présente une question des plus épineuses et qui même a paru insoluble à quelques-uns : il s'agit de savoir si l'on doit compter dans les biens extants ceux donnés par un ascendant et soumis au retour légal et en faire état pour calculer la quotité disponible. L'opinion la plus accréditée décide qu'il faut observer à la lettre l'article 922 et que ces biens doivent entrer en ligne de compte pour le calcul de la quotité disponible puisqu'ils existent encore dans la succession au jour du décès. Nous supposons en effet que le *de cujus* n'en a point disposé soit entre-vifs soit même par testament ; dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque ces biens ont fait l'objet de l'une ou de l'autre de ces dispositions, tout le monde est d'accord pour reconnaître que le droit de retour est éteint et qu'il n'existe aucune réserve spéciale au profit de l'ascendant donateur.

L'opinion que nous venons de rapporter a été soutenue par les savants continuateurs de MM. Zachariæ, Aubry et Rau, et par M. Vernet, elle a aussi pour elle, il faut bien le dire, le texte littéral de la loi ; mais d'un autre côté elle a été combattue par M. Demolombe qui a soutenu vaillamment la thèse contraire et l'a appuyée d'arguments d'une valeur incontestable.

M. Demolombe estime qu'il faut absolument dans notre cas distinguer deux successions : la succession ordinaire et la succession anormale de l'ascendant aux biens donnés, pour lesquels il est héritier à l'exclusion de tous autres suivant les termes mêmes de l'article 747.

Pour donner un véritable intérêt à la question, il faut supposer que l'ascendant donateur se trouve en présence d'ascendants réservataires, soit par exemple un aïeul donateur et les père et mère de l'enfant donataire qui est mort ne laissant que le bien donné et après avoir aliéné ou dissipé tous ses autres biens ; il n'est pas douteux, dit M. Demolombe, que dans cette hypothèse l'aïeul pourrait réclamer pour lui seul le bien donné, et que les père et mère ne recueilleraient rien. Ce serait en vain qu'ils tenteraient d'invoquer leur droit de réserve, car il ne peut être question de réserve que lorsque le défunt a fait des libéralités. C'est donc une preuve décisive, conclut-il, qu'il y a là deux successions différentes.

Puis M. Demolombe nous montre les résultats fâcheux auxquels conduit la doctrine qu'il combat. Construisons avec lui une hypothèse : c'est un enfant qui meurt sans postérité, laissant pour héritiers ses père et mère et un ascendant son aïeul, qui lui a donné un bien d'une valeur de vingt mille francs. La succession comprend outre ce bien retrouvé en nature, un bien d'une autre origine valant également vingt mille francs qui fait l'objet d'un legs. Si l'on calcule la quotité disponible sur le tout, c'est-à-dire y compris le bien donné, comme le veut l'opinion généralement acceptée, cette quotité se trouvera être de vingt mille francs et le legs s'exécutera intégralement. Mais alors comment régler le conflit qui va s'élever entre les père et mère d'une part et l'aïeul de l'autre ?

D'accord sur la détermination de la quotité disponible

les partisans ne peuvent s'entendre sur cet autre point : MM. Aubry et Rau ne calculent la réserve que sur vingt mille francs et la fixent par conséquent à dix mille francs, le légataire fournira aux réservataires cette part et sera indemnisé de la réduction qu'il aura subie par l'ascendant donateur qui n'est pas exempt des charges de la succession et doit à ce titre contribuer au pourvisionnement de la quotité disponible. Il est admis que le droit de retour légal est un droit successoral, il est logique de faire dès lors participer celui qui l'exerce aux charges de la succession ; partant de là, M. Demolombe reconnaît qu'il doit contribuer aux legs de quantité, de même qu'il reconnaît qu'il n'est pas nécessaire que le défunt ait aliéné *in specie* le bien donné, pour anéantir le droit de retour et qu'une disposition universelle ou à titre universel, suffirait à produire cet effet. S'emparant de ces déductions logiques des principes en matière de succession, et les prenant pour des concessions à l'opinion qu'ils défendent, MM. Aubry et Rau (1) prétendent mettre M. Demolombe en contradiction avec lui-même. Nous avouons ne pas apercevoir la contradiction ; il s'agit tout d'abord de décider si le droit de retour s'exercera ou non et dans quelles limites il pourra s'exercer ; ceci établi, nous disons invariablement que les biens que reprendra l'ascendant donateur, ne doivent pas figurer dans la masse sur laquelle se calculera la quotité disponible.

Lorsqu'au contraire le droit de retour a été anéanti par une disposition du donataire, nous pensons que

(1) § 687, note 1.

celui-ci a ainsi effacé toute trace de distinction entre les biens qu'il tenait de l'ascendant et ses autres biens, et sans hésiter nous les comprenons dans la masse qui servira de base au calcul de la quotité disponible. Les objections que soulève contre cette doctrine M. Demolombe tout en l'admettant (1), ne nous paraissent pas concluantes.

En résumé, c'est à l'opinion de M. Demolombe que nous nous rallions et nous repoussons celle de MM. Aubry et Rau, qui porte en elle un vice capital à nos yeux, en calculant la réserve sur une autre masse que la quotité disponible, et en rompant ainsi la corrélation qui doit exister entre ces deux termes.

M. Vernet (2) aboutit même à une conclusion bien plus radicale, il ne craint pas, en se fondant sur l'article 747, de supprimer purement et simplement la réserve des père et mère, résultat vraiment inacceptable.

Il est vrai, que le texte de l'article 922 semble s'opposer à notre système quand il dit qu'il faut former une masse de tous les biens existants au décès du *de cuius*. Ce texte ne doit pas être pris à la lettre et comporte des exceptions que tous admettent comme résultant du sens même de cet article. Il s'agit donc d'interpréter judicieusement les termes en question. Tous les biens existants au décès, qui doivent entrer dans la composition de la masse sur laquelle se calculera le disponible, sont à notre avis ceux qui à défaut de toute disposition du *de*

(1) Tome XIX, n° 132.

(2) De la *quot. disp.*, p. 546.

cujus seraient parvenus aux réservataires en tant qu'héritiers *ab intestat* et dont une partie leur est forcément due à titre de réserve malgré toute disposition quelconque. La réserve en effet a pour but de réfréner les abus de disposition et d'empêcher de détourner au moyen des legs ou donations les biens de leur destination naturelle; la limite dans laquelle la loi permet à la faculté de disposer de s'exercer librement, constitue la quotité disponible. Or il n'y a pas lieu ici de faire entrer en ligne de compte le bien donné pour calculer la quotité disponible et la réserve, puisque nous supposons par hypothèse, qu'il n'y a pas eu de disposition et que nous raisonnons dans le seul cas où ce bien donné a été laissé à la destination spéciale que lui affecte la loi.

Il est d'autres biens que le bon sens indique qu'il ne faut pas comprendre dans la masse : tels sont les biens qui cessent de faire partie du patrimoine du défunt par le fait même de son décès, comme un droit d'usufruit ou une rente viagère, ou encore un droit de propriété soumis à une condition résolutoire qui, devant s'accomplir ou défaillir à l'instant précis de la mort, se serait accomplie. Il est facile de comprendre que ces biens étant intransmissibles n'existent pas pour les héritiers du défunt ou ses ayants-cause.

Nous en dirons autant d'un bien grevé de substitution quand même le substitué serait l'héritier du grevé, car au point de vue du Droit civil ce n'est pas du grevé mais du disposant que le substitué recueille ce bien suivant l'adage : *Substitutus capit non a gravante sed a gravato*.

Il ne faut pas non plus comprendre dans la masse les biens qui quoique ayant déjà une existence physique n'avaient pas encore une existence juridique, comme des récoltes sur pied ou le part futur des animaux. Ces choses n'ont pas une individualité distincte des terres qui les ont produites ou des animaux qui les portent, c'est pourquoi il n'y a pas lieu d'en faire état séparément de ces terres ou de ces animaux, mais la valeur de ceux-ci au temps de la mort en était augmentée et il est juste d'en tenir compte.

Une question plus délicate concerne le capital d'une assurance sur la vie, stipulé payable aux héritiers ou ayants-droit de l'assuré à son décès. De nombreux arrêts de cours d'appel avaient décidé que l'assurance en cas de mort créait un droit exclusivement personnel aux tiers appelés à recevoir le capital au décès de l'assuré et que ce capital étant dévolu aux bénéficiaires dès l'instant où il avait été stipulé à leur profit ne faisait par conséquent partie ni du patrimoine de l'assuré, ni de sa succession, ni de la communauté conjugale et n'était pas soumis à l'action des créanciers du défunt. La jurisprudence des cours d'appel paraissait bien fixée dans ce sens que l'assurance en cas de mort était un contrat régi par les articles 1121 et 1973 du Code civil. Un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation en date du 7 février 1872 s'est prononcé en sens contraire et a statué que le capital d'une assurance payable au décès de l'assuré à ses ayants-droit doit être compris par ses héritiers, auxquels il est dévolu, dans la déclaration de sa succession pour être assujetti aux droits de mutation par décès. Cet arrêt

cassait un jugement du tribunal de Saverne. (Enreg. c. Krieg. — Dalloz 1872, p. 209). La loi du 21 juin 1875, relative à divers droits d'enregistrement, a tranché définitivement la question dans ce dernier sens quant au paiement des droits de mutation par décès, mais sans toutefois aborder le point de droit civil et sous réserve expresse des droits de la communauté. Nous pensons qu'aujourd'hui cette doctrine doit prévaloir aussi en droit civil et qu'il faut par conséquent comprendre le capital d'une assurance sur la vie dans la masse des biens du défunt.

On décide en général et avec raison qu'un bien que le défunt possédait au temps de son décès et qu'il avait commencé à prescrire doit entrer dans la composition de la masse, parce que l'on reconnaît à la prescription acquise un effet rétroactif qui fait que le bien en question est censé avoir été la propriété du prescrivante dès le premier instant de la possession. La possession emporte une présomption légale de propriété qui est définitivement confirmée par l'accomplissement du temps requis.

Nous ne pouvons pas passer en revue tous les biens et valeurs dont est susceptible de se composer un patrimoine et il nous faut nous borner à quelques exemples en donnant les indications générales. Voici cependant encore un cas particulier que nous rapportons parce qu'il est prévu par plusieurs auteurs considérables et parce que la jurisprudence a eu l'occasion de l'examiner. Il est incontestable qu'un office ministériel a une valeur vénale et constitue un bien dans la succession, quoique le droit reconnu au titulaire ne soit pas un droit

de propriété, mais simplement un droit de présentation de son successeur à l'agrément du chef de l'État. Ce point n'est pas controversé; mais que décider si l'officier ministériel meurt après avoir été destitué, et que néanmoins la chancellerie ait imposé au nouveau titulaire l'obligation de payer une certaine somme aux héritiers du défunt? Deux arrêts de cassation des 10 août 1853 et 24 janvier 1859 ont prononcé que cette somme ne devait pas être comprise dans la masse, car si les héritiers reçoivent cette somme à l'occasion de la succession, ils ne la trouvent cependant pas dans cette succession où elle n'existait pas. M. Demolombe (1) croit que cette solution peut être exacte, à condition de n'être point présentée comme absolue et que le gouvernement pourrait ordonner au nouveau titulaire de verser cette somme dans la succession; mais en aucun cas la somme payée ne devrait être affectée au paiement des legs faits par le défunt.

Nous avons dit que la masse se compose d'abord de tous les biens laissés par le défunt, c'est-à-dire existant dans sa succession : peu importe que ces biens soient corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, du moment qu'ils représentent une valeur appréciable en argent. Les créances, il est à peine besoin de le dire, forment un élément souvent considérable, parfois l'unique élément du patrimoine du *de cujus*; il faut donc en principe les porter à la masse, mais il peut se faire et cela même arrivera fréquemment que leur valeur réelle au temps du décès ne sera pas exactement celle exprimée dans le titre c'est-à-dire la valeur nominale; il y aurait lieu dans

(1) Tome XIX, n° 258.

ce cas de procéder à une évaluation, nous verrons dans le paragraphe suivant à quels divers modes d'évaluation on peut recourir. Si la créance était notoirement mauvaise et irrécouvrable, elle ne devrait pas entrer dans la masse, cela est bien certain ; dans les déclarations de mutations par décès, c'est aux héritiers à faire l'estimation des créances et la déclaration en conséquence, sauf le droit pour l'administration d'en vérifier l'exactitude suivant les moyens de droit commun. Il est un cas pourtant où l'administration prétend percevoir les droits de mutation sur la valeur nominale, c'est quand la créance a été relatée dans un inventaire ; elle s'appuie pour justifier sa prétention sur la disposition finale de l'article 27 de la loi de frimaire, qui prescrit aux héritiers de rapporter un inventaire ou état estimatif, article par article, certifié par eux quand il n'a pas été fait par un officier public, à l'appui de leurs déclarations de biens meubles. Ceci peut être juste pour le mobilier ordinaire qui a été l'objet d'une prisee, mais ne l'est pas pour les créances qui sont relatées telles quelles et pour leur valeur nominale. L'administration apporte un tempérament et consent à ne pas exiger les droits si les intéressés déclarent expressément renoncer à recouvrer les créances devenues mauvaises ; il nous paraît qu'en droit, les héritiers ne sont pas liés par cette déclaration à laquelle les débiteurs n'ont pas été parties. Mais de plus nous pensons que même portées à l'inventaire les créances devenues caduques par la prescription ou l'insolvabilité des débiteurs ne doivent pas entrer dans la masse, parce qu'elles ne représentent aucune valeur réelle.

Les créances ayant une valeur doivent donc figurer dans la masse, aussi bien du reste celles contre les réservataires, que celles contre les tiers, donataires ou légataires ; si on objectait que les créances contre les réservataires ont été éteintes par confusion, nous répondrions que la confusion n'empêche pas que les héritiers aient été enrichis d'une valeur faisant partie du patrimoine du défunt et qui à ce titre doit grossir la masse. Il est même à remarquer que les créances de la succession contre l'héritier réservataire sont toujours bonnes et doivent être comptées pour leur valeur nominale dans l'intérêt des donataires et légataires. Nous en dirons autant de la créance léguée à un débiteur insolvable, car devant se payer à lui-même ce débiteur est nécessairement solvable ; déjà en Droit romain, Ulpien avait mis en lumière cette vérité, ainsi qu'il appert d'un fragment de ce jurisconsulte inséré au *Digeste*. (Liv. XXXV, tit. 2, loi 82) Toutefois ceci n'est absolument exact que si la quotité disponible n'a pas été dépassée, autrement la créance est mauvaise jusqu'à concurrence du chiffre dont la quotité disponible a été dépassée et il faut alors procéder à une répartition de la perte sur la réserve d'une part et sur la quotité disponible d'autre part, répartition qui dans des cas donnés n'est pas sans présenter de sérieuses difficultés. (1)

Quant aux droits conditionnels on distingue suivant qu'ils sont soumis à une condition suspensive, et alors on ne les comprend pas dans la masse, et suivant qu'ils

(1) On peut consulter sur ce point une étude de M. F. Berriat St. Prix dans la *Revue critique* de 1866, tome XXIX, p. 210 et suiv.

sont au contraire soumis à une condition résolutoire, cas auquel on les fait entrer dans la masse. Cette distinction est logique, car les droits soumis à une condition résolutoire font actuellement partie du patrimoine du défunt, tandis que les autres n'existent pour ainsi dire qu'en espérance. Il y aurait lieu de rectifier les comptes dans un sens ou dans l'autre si l'une ou l'autre de ces conditions venait à se réaliser; en Droit romain on faisait intervenir des cautions dans cette prévision pour assurer le règlement ultérieur. On pourrait aussi comprendre ces droits dans la masse pour leur valeur vénale, ce procédé était également employé à Rome, il offre l'avantage de permettre de liquider définitivement les droits de chacun, mais la valeur de pareils droits peut présenter de grandes difficultés d'appréciation et ne saurait guère résulter que d'un accord des parties; sans quoi on exposerait les héritiers réservataires à voir leurs intérêts gravement compromis si par exemple des légataires pouvaient les contraindre à mettre ces droits en vente.

En cas de divertissement ou de recel d'effets de la succession par un réservataire, comme celui-ci ne peut, d'après l'article 792 du Code civil, prétendre aucune part dans les objets divertis ou recelés, on peut en conclure que ces objets n'entreront pas dans la masse, mais iront directement et exclusivement grossir la quotité disponible, si le délinquant était seul réservataire. S'il y avait plusieurs héritiers réservataires, ce procédé ne serait applicable que contre les coupables.

Nous avons dit qu'en principe les droits soumis à

une condition résolutoire devaient figurer dans la masse, parce qu'ils faisaient actuellement partie du patrimoine du défunt ; si cependant la condition était telle qu'elle dût nécessairement s'accomplir ou défaillir dans un temps très court, on pourrait provisoirement composer la masse sans les y comprendre sauf règlement ultérieur.

Il est certains biens que l'on convient généralement de ne pas porter dans la masse, quoiqu'ils puissent avoir une valeur vénale certaine, parce que la valeur morale qui s'attache à ces objets dépasse de beaucoup la première : nous citerons dans cet ordre d'idées les portraits de famille, l'épée d'un soldat, les objets donnés au défunt à titre de récompense par l'état ou acquis avec le produit d'une souscription publique, toutes choses auxquelles la famille relie de pieux souvenirs. Toutefois si quelques-uns de ces biens représentaient surtout une valeur matérielle, nous pensons qu'il faudrait au contraire les comprendre dans la masse, tel serait bien certainement un prix en argent décerné au défunt, quand même il n'aurait pas encore été touché.

Tous ces biens que nous venons d'examiner forment par leur réunion ce qu'on a appelé la masse effective, c'est-à-dire l'hérédité proprement dite ; en y ajoutant les biens donnés entre-vifs par le défunt nous obtiendrons un total sur lequel sera calculée la quotité disponible et qu'on a appelé masse à comparer. L'article 922 prend soin de dire que la réunion de ces biens n'est que fictive, pour qu'il soit bien entendu qu'elle ne préjuge en rien le sort qui leur est réservé et qui sera fixé par la

comparaison de la masse générale avec la somme des biens donnés eu égard au nombre et à la qualité des héritiers réservataires ; pour le moment c'est simplement comme élément de calcul qu'on les envisage. Il ne faut pas entendre à la lettre le mot « réunit » dont se sert notre article ; il est clair que la loi a eu l'intention de poser la règle applicable à la majorité des cas, mais qu'elle n'a pas voulu dire qu'il n'y aurait pas lieu de faire une masse des biens donnés, s'il ne restait rien dans la succession proprement dite ; ce serait fournir au donateur un moyen trop facile de frustrer ses héritiers de la réserve.

Nous avons dit dans le chapitre précédent que les donateurs ni les légataires ne pouvaient demander la réduction, cela n'empêche pas qu'ils puissent exiger la réunion fictive des biens donnés entre vifs, ils y ont un intérêt évident dans certains cas pour établir que la réduction ne doit pas les atteindre. Un donataire a par exemple intérêt à voir réunir à la masse les donations postérieures à la sienne pour grossir cette masse et augmenter par là même la quotité disponible ; on conçoit aussi qu'un légataire auquel le *de cujus* aurait légué une partie de la quotité disponible, telle qu'elle est fixée par la loi, a un intérêt palpable à exiger la réunion fictive afin de connaître la consistance générale de l'hérédité et de déterminer ensuite la quotité disponible. Cette question a été fort controversée et le droit des donataires et légataires vivement contesté ; c'est le célèbre arrêt Saint-Arroman (1) qui a fait jurisprudence en

(1) Cass. Ch. réunies, 8 juillet 1826. Sirey 1826, p. 313.

statuant sur une espèce très voisine des cas que nous prévoyons, il a prononcé que l'article 857 ne contrarie nullement la réunion fictive ordonnée par l'article 922 et que l'héritier à réserve ne peut modifier à son gré l'étendue de la quotité disponible et de la réserve en exerçant ou en abandonnant l'action en réduction.

Mais il pourrait résulter des dispositions du *de cujus* qu'il a entendu, en léguant la quotité disponible, ne donner que les biens qui seraient en sa possession à son décès sans soumettre au rapport fictif ceux dont il se serait précédemment dépouillé. (Cass., 19 juillet 1836, de Montvert c. la Chaize) (1).

Il faut comprendre dans la masse les biens donnés aux successibles aussi bien que ceux donnés à des étrangers et les biens donnés par préciput comme ceux donnés en avancement d'hoirie ; cette réunion, nous le répétons, est une simple opération de calcul et ne confère de droits à qui que ce soit, il ne s'agit pas encore de réduire mais de savoir si la réserve est intacte.

L'époque à laquelle a été faite la donation n'est pas davantage à considérer que la personne du donataire, même si elle est antérieure à la naissance du réservataire ou même au mariage de ses père et mère, parce que le patrimoine est un ; ou si elle remonte à plus de trente ans parce que l'exercice du droit de réduction est soumis à une condition qui ne se trouve réalisée que par la mort du *de cujus* et que par conséquent la prescription ne pouvait courir contre lui.

Il n'y a pas lieu non plus de distinguer entre les biens

(1) Sirey, 1836. 1^{re} partie, p. 590.

donnés suivant leur nature ni suivant leur valeur plus ou moins grande ; tous, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, considérables ou de peu d'importance, doivent être réunis fictivement, parce qu'ils étaient des parties, si minimes fussent-elles, du patrimoine du *de cujus* et qu'il s'agit de reconstituer intégralement ce patrimoine. On convient cependant en général de ne pas appliquer l'article 922 aux libéralités que l'article 852 dispense du rapport, mais ceci laisse notre principe intact : si on les dispense de la réunion fictive, c'est parce que ces libéralités sont réputées prises sur les revenus et n'ont pas entamé le capital. Aussi pensons-nous que l'héritier réservataire serait recevable dans une demande qui tendrait à faire la preuve que ces dons ont été prélevés sur le capital ; si on objecte que l'article 852 n'autorise pas la preuve d'une semblable allégation, nous répondrons que le *de cujus* qui avait le droit de donner par *préciput* une partie de son capital ne pouvait au contraire diminuer par aucun acte la réserve de ses héritiers. D'après l'article 852, ce sont les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais d'équipement, ceux de noces et les présents ordinaires d'usage qui ne doivent pas être rapportés et que par analogie nous dispensons de la réunion fictive. On peut estimer que les parents s'acquittent plutôt d'une dette envers leurs enfants qu'ils ne leur font une véritable libéralité et en définitive les enfants ne s'en trouvent pas enrichis et les parents appauvris. Si toutefois bien que prise exclusivement sur les revenus la libéralité était considérable, nous croyons qu'elle devrait figurer

à la masse, parce qu'elle aurait pu grossir le capital et qu'ainsi elle l'a diminué indirectement.

Il a été jugé que les sommes dépensées par un père pour l'éducation de l'un de ses fils étaient sujettes au rapport, lorsque ces sommes étaient en disproportion avec celles dépensées pour les autres enfants et avec les revenus du père. (Nancy, 7 juillet 1873. Castelin c. Compas. Cass. 28 juill. 1874) (1).

Les sommes fournies par les parents pour l'exonération d'un fils du service militaire ou actuellement pour lui permettre de contracter un engagement conditionnel sont rapportables en principe, mais elles ne seraient pas soumises au rapport si elles n'avaient causé aucune diminution du patrimoine du défunt. Il a été ainsi jugé en faveur d'un fils dont le remplacement avait été payé sur le produit d'une tontine dont le surplus avait complètement indemnisé le père de sa contribution. (Toulouse, 7 déc. 1867. Fraissines c. Fraissines) (2).

Nous appliquerions les mêmes décisions à notre matière et nous exigerions ou non la réunion des sommes à la masse, suivant les mêmes distinctions, conformément aux principes exposés ci-dessus.

Nos anciens auteurs disputaient sur le point de savoir, si une fille était sujette au retranchement de la légitime des autres enfants sur la dot qu'elle avait reçue pour entrer en religion, plusieurs et non des moins considérables soutenaient la négative, tels Lebrun, Furgole et Pothier, il est à remarquer que celui-ci se prononce

(1) Dalloz, 1875, 1, p. 107.

(2) Dalloz, 1868, 2, p. 95.

dans les deux sens. Voici ce que dit Lebrun : « A l'égard des dots de religion, elles ne sont pas sujettes au retranchement de la légitime, parce que ce sont des contrats onéreux » (1). Pothier allègue lui que « ce n'est pas une donation qui est faite à la fille, qui par sa profession religieuse, devient incapable d'acquérir et que ce n'est pas non plus une donation qui soit faite au couvent qui reçoit la somme étant donnée à titre onéreux et pour le prix des aliments que le couvent se charge de fournir à cette fille » (2). Il est vrai qu'il se prononce ailleurs (3) en sens contraire. C'est un singulier motif que celui qui consiste à dire que l'abandon de la dot est fait à titre onéreux ; qu'il y ait contrat à titre onéreux entre la fille et la communauté religieuse, c'est possible quoique discutable, mais entre le père et sa fille nous ne voyons rien autre chose qu'une pure libéralité. Quant à l'autre motif invoqué par Pothier, que la fille incapable d'acquérir, n'a pu recevoir une donation, il est plus subtil mais aussi peu fondé que le premier, et il n'est pas difficile d'apercevoir une double donation du père à la fille et de celle-ci à la communauté réalisée *brevi manu* dans une seule opération. Du reste aujourd'hui ce motif ne peut plus être allégué et nous ne voyons guère comment on pourrait défendre la doctrine de Lebrun, Furgole et Pothier, aussi concluons-nous sans hésiter que la dot religieuse doit-être réunie à la masse. Si le prétexte d'un contrat à titre onéreux était

(1) *Traité des succ.*, liv. II, chap. III, sect. 7, n° 18.

(2) *Traité des donat.*, sect. III, art. 5 § 2.

(3) *Cout. d'Orléans*. Introd. au titre 15, sect. 5 § 2

admis, il faudrait dire que la dot fournie au mari ne serait point à l'égard de la femme une donation qui puisse être réunie à la masse pas plus que l'apport réalisé par le père pour son fils dans une société.

Plusieurs dans notre ancien droit avaient admis cette conséquence quant à la dot fournie au mari qui, suivant eux ne pouvait être soumis aux règles de la légitime parce qu'il recevait la dot de sa femme à titre onéreux, *ad sustinenda matrimonii onera* ; cette thèse n'avait pourtant pas été reçue en général et Pothier lui-même (*loc. cit.*) l'a réfutée.

Nous estimons qu'il faut admettre ici le tempérament prévu par l'article 1573 quant au rapport et que dans le cas qu'il spécifie, il y aurait lieu de comprendre seulement dans la masse l'action de la fille contre son mari et non pas la valeur de la dot imprudemment exposée par le père.

D'après tout ce que nous avons dit, on peut se rendre compte que les règles qui régissent le rapport des donations suivent de fort près celles qui concernent la réunion fictive des biens donnés entre vifs aux biens extants et que les deux théories sont si voisines qu'on pourrait être tenté de déclarer *a priori* que les règles applicables à l'une le sont également à l'autre. Le principe ainsi posé serait inexact : ainsi le disposant peut bien dispenser un donataire du rapport, il ne peut pas le dispenser au contraire de la réduction ni directement, ni indirectement en contrevenant aux règles de la réunion fictive ; ainsi encore tandis que les successibles sont seuls astreints au rapport, quand il s'agit de réduction

au contraire, il n'y a aucune distinction à faire entre héritiers et étrangers. L'assimilation n'est donc pas complète.

Poursuivant l'examen des règles applicables à la formation de la masse, nous disons qu'il ne faut pas s'arrêter à la forme de la donation et qu'il faut comprendre les donations indirectes aussi bien que les donations directes, les dons manuels comme les donations en forme, celles déguisées sous l'apparence de contrats à titre onéreux, les remises de dettes, les libéralités réalisées conformément à l'article 1121 du Code civil au moyen d'une stipulation au profit d'un tiers, en un mot toutes dispositions constituant un avantage au profit d'un tiers quelconque et une perte ou une charge pour le *de cujus* et présentant le caractère d'actes de libéralité. Il peut s'élever des doutes sur le point de savoir si l'avantage indirect résultant, soit d'un contrat à titre onéreux entre le défunt et l'un de ses successibles, soit de la renonciation par le défunt à une succession ou à un legs dont à son défaut est appelé à bénéficier quelqu'un de ses successibles ou même un tiers, constitue véritablement une libéralité. Pour décider il faut rechercher si le défunt a été guidé par une intention libérale, s'il a obéi ou non à l'*animus donandi* ; on le supposera plus volontiers si le bénéficiaire est un successible. Si les avantages étaient stipulés ouvertement dans un contrat à titre onéreux, il faudrait les réunir à la masse ; si au contraire ils étaient l'effet de circonstances postérieures, leur réunion ne serait pas justifiée. Il y aura là souvent une appréciation de fait délicate.

Peu importe aussi que la donation soit purement libérale ou déterminée par l'intérêt réciproque des contractants comme une donation mutuelle.

En résumé tout ce qui est libéralité doit être réuni à la masse, toute disposition à titre onéreux au contraire échappe aux dispositions de l'article 922. Le principe est facile à poser, mais les applications en sont parfois embarrassantes, surtout lorsque des contrats à titre onéreux ou paraissant tels ont été passés entre le *de cujus* et l'un ou plusieurs de ses successibles. C'est ici surtout qu'il convient d'appliquer par analogie les règles du rapport, ainsi nous transporterons sans hésiter dans notre matière les dispositions de l'article 854 qui prévoit un cas spécial quant au rapport et nous déciderons que les avantages résultant pour un héritier d'une association entre lui et le défunt qui n'aurait pas été réglée par un acte authentique, seront soumis à la réduction et devront par conséquent figurer à la masse.

La loi a encore posé une présomption de libéralité touchant un autre cas prévu en ces termes par l'article 918 : « La valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit, à l'un des successibles en ligne directe, sera imputée sur la portion disponible, et l'excédant, s'il y en a, sera rapporté à la masse. Cette imputation et ce rapport ne pourront être demandés par ceux des successibles en ligne directe qui auraient consenti à ces aliénations, ni en aucun cas par les successibles en ligne collatérale. » (1) Les biens ainsi aliénés devront

(1) Comp. art. 26 de la loi du 17 nivôse an II. — Nous entrerons à propos

donc être compris dans la masse sauf le cas où les autres héritiers en ligne directe auraient consenti à ces aliénations.

Enfin l'article 1840 nous dit que « nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes. »

Ces décisions de la loi peuvent donner une idée de son esprit, mais en dehors des cas spécialement prévus par elle des opérations multiples peuvent se présenter et être l'objet d'appréciations différentes suivant les circonstances de fait qui les accompagnent. Comme nous l'avons déjà dit, un des éléments d'appréciation qui doit influencer le plus sur la sentence à rendre, c'est l'intention libérale ou non du *de cujus*; et s'il apparaît clairement que celui-ci n'a nullement cherché à faire une libéralité, l'opération qui procure un bénéfice à un successible n'en conservera pas moins son caractère de contrat à titre onéreux.

Les libéralités faites à l'un des époux par donations dans le contrat de mariage (1) subissent la règle générale et doivent être comprises dans la masse, car elles sont sujettes à réduction. Mais il en est tout autrement des avantages qui peuvent résulter pour l'un des époux des conventions matrimoniales autorisées par la loi et qui doivent être respectés, pourvu qu'ils ne violent pas

de l'imputation des libéralités dans de plus longs développements sur cet article.

(1) Comp. art. 35 de l'Ord., 1731.

les dispositions de l'article 1098 dans le cas de second mariage. Ainsi aux termes de l'article 1525 « il est permis aux époux de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement, sauf aux héritiers de l'autre, à faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur. Cette stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives, aux donations, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais simplement une convention de mariage et entre associés. »

La reprise des apports est nécessaire pour que les stipulations qui attribuent des parts inégales aux époux soient considérées comme conventions matrimoniales. A défaut de cette reprise des apports, la jurisprudence de la Cour de cassation décide que la convention par cela même qu'elle dépasse les limites tracées par l'article 1525 est une donation pour le tout même quant à la part de communauté que le survivant aurait reprise *jure suo*. Dans les nombreux arrêts rendus en cette matière, principalement à la requête de l'administration de l'enregistrement, on lit que la clause d'attribution qui confère cumulativement à l'un des époux des droits tant sur les acquêts que sur les apports et capitaux, tombés dans la communauté du chef de son conjoint, ou sur les biens propres de ce dernier ne saurait avoir le caractère d'une simple convention de mariage et revêt alors pour le tout celui d'une pure libéralité (1). La conséquence au point de vue de l'enre-

(1) Cass., 5 juill. 1876, Enreg. c. veuve Leclercq., Dalloz, 1877, 1, 36. — Cass., 7 déc. 1886. Enreg. c. veuve Grégoire. Dalloz, 1887, 1, 343.

gistroment est que le droit de mutation par décès doit être acquitté sur la totalité. Cette jurisprudence nous semble critiquable et nous ne pouvons l'admettre tout au moins au point de vue du droit civil, car si quant aux apports de l'époux prédécédé on peut voir une transmission qui procède de celui-ci au survivant, il est impossible de voir rien de pareil quant aux acquêts de communauté que l'époux survivant reprend certainement *jure suo*. (1) Aussi ne comprendrions-nous pas dans la masse les dits acquêts.

Il a été jugé également par la Cour de cassation que le cautionnement souscrit à l'effet de garantir une donation et de suppléer à l'insuffisance des biens du donateur ou de sa succession, a, vis-à-vis du donataire, le caractère d'une libéralité susceptible de réduction si elle porte atteinte à la réserve des héritiers de la caution. Il s'agissait dans l'espèce d'une donation faite dans un contrat de mariage (2).

Une autre question sur laquelle la jurisprudence de la Cour de cassation a varié est celle de savoir si les biens compris dans un partage d'ascendant fait par acte entre-vifs doivent être réunis fictivement à la masse pour le calcul de la quotité disponible, comme formant l'objet d'une libéralité, ou s'il ne faut plus en tenir compte désormais. De ces deux solutions la première a toujours été généralement adoptée dans deux hypothèses, savoir quand il existe des donations antérieures au partage et lorsque le partage lui-même contient des avantages par

(1) M. G. Demante à son cours.

(2) Cass. 12 août 1872, de Sainneville c. de Sainneville, Sirey, 1872, 1, 325.

préciput. Mais en dehors de ces deux cas la controverse s'est exercée et a motivé une foule d'arrêts dans les deux sens, la Cour de cassation après s'être prononcée pour la négative le 4 février 1845 (Dall. 1845, 1, 49) est revenue sur cette manière de voir et a consacré l'affirmative dans ses plus récents arrêts (17 août 1863. Dall. 1864, 1, 29. — 14 mars 1866. (Dall. 1866, 1, 173). Nous citerons encore dans le même sens un arrêt de la Cour de Paris du 15 mars 1873 (Bellot c. Bellot. — Sirey, 1873, 2, 136).

Nous croyons que cette doctrine est la vraie et que les biens qui ont fait l'objet de la donation-partage doivent être soumis à la réunion fictive. C'est à tort qu'on lui a reproché de porter atteinte au principe de l'irrévocabilité des donations et à la stabilité du partage, nous avons déjà expliqué que la réunion fictive était une simple opération de calcul et ne préjugait pas le sort des biens qu'on y soumettait. De plus la doctrine contraire conduit à un résultat inacceptable, elle a pour effet de réduire la portion disponible à un chiffre dérisoire et aboutit à refuser à un père, qui a abandonné des biens considérables à ses enfants, la faculté de disposer à son gré de quelque somme modique qu'il a économisée sur les arrérages de la rente que lui servaient ses enfants, quand il aurait pu à défaut de partage disposer d'une somme importante. Ce serait détourner les parents de partager leurs biens entre leurs enfants et tel n'a pas pu être le but de la loi, puisqu'elle a autorisé les partages d'ascendants et a entendu au contraire les faciliter. Les adversaires de l'opinion que nous soutenons prétendent que le partage régulièrement fait entre-vifs

dessaisit irrévocablement l'ascendant, que dès lors les biens partagés ne font plus partie de sa succession qui se compose uniquement des biens non compris dans le partage et que c'est sur ceux-ci seulement que doit être calculée la quotité disponible et ils s'appuient principalement sur l'article 1077. Nous admettons bien les prémisses, mais nous n'acceptons pas la conclusion. Tout donateur en effet se dessaisit aussi irrévocablement des biens par lui donnés, ce qui n'empêche nullement de comprendre ces biens dans la masse pour calculer la quotité dont il pouvait disposer. Quant à l'article 1077 il décide il est vrai, qu'on ne procédera pas à un nouveau partage des biens déjà partagés, mais autre chose est le rapport effectif de ces biens que nous reconnaissons interdit par la loi et autre chose la simple réunion fictive que nous voulons pour servir d'élément de calcul.

Nous admettons bien entendu que si l'ascendant en léguant par exemple la quotité disponible avait entendu la limiter aux biens non partagés, sa volonté devrait être respectée et qu'alors la réunion fictive deviendrait sans objet pour le calcul de la quotité disponible. La volonté du défunt peut être formellement exprimée et alors il ne saurait y avoir doute, ou bien ses héritiers prétendront l'induire soit des termes, soit des circonstances de la disposition et dans ce cas s'élèvera une question d'appréciation.

Les biens donnés entre-vifs, qui ont péri par cas fortuit, sans que la perte soit imputable à une faute des donataires ou de leurs ayants-cause, ne doivent pas figurer

dans la masse. Quant aux immeubles on a été amené à décider ainsi par analogie de ce que statue l'article 855 au sujet du rapport ; mais on n'a pas continué l'assimilation quant aux meubles et on convient en général que l'article 868 n'est pas applicable en matière de réduction. Que décider dans le cas où le donataire aurait aliéné le bien donné ? faut-il comprendre le prix dans la masse ? on distingue suivant que l'aliénation a été volontaire ou forcée et ce n'est que quand l'aliénation a été forcée, par exemple dans l'hypothèse d'une expropriation publique, que l'on réunit à la masse le prix de la chose qui a péri fortuitement après l'expropriation, parce qu'alors le donateur aurait subi lui-même l'expropriation et touché l'indemnité ; le point à examiner est celui de savoir si le donateur étant demeuré propriétaire aurait dû lui-même subir l'aliénation. Telles sont les solutions communément adoptées ; il nous semble qu'en ce point les réservataires ont contre eux toutes les chances de perte et qu'on oublie de considérer que le donateur eût pu aliéner librement le bien qui a péri et en toucher le prix s'il ne l'avait pas donné. Dans la matière du rapport il y a une raison d'en dispenser le successible en cas de perte, c'est que le rapport a pour but de maintenir l'égalité entre les héritiers et qu'ici il la contrarierait au lieu de la favoriser ; cette raison n'existe pas en matière de réduction.

Lorsque les donations sont de sommes d'argent ou de choses fongibles, doit-on les comprendre dans la masse, quand les donataires sont devenus insolvables et que d'après leur date ces donations seraient sujettes

à réduction ? Le motif de douter est qu'en droit les genres ne périssent pas, mais d'un autre côté on peut dire que le résultat de l'insolvabilité du donataire est identique à celui provenant de la perte d'un corps certain. La question est controversée et a donné naissance à trois systèmes : le premier fait supporter la perte aux réservataires, le second au contraire la rejette tout entière sur les donataires antérieurs, tous deux ont ceci de commun qu'ils impliquent la réunion fictive des sommes données aux donataires devenus insolvable; le troisième système repousse la réunion fictive et fait ainsi porter la perte également sur la réserve et sur la quotité disponible dans des proportions en rapport direct avec l'importance de chacune. Ce dernier système nous paraît plus conforme à l'esprit qui a fait écarter de la masse la valeur des corps certains qui ont péri et qui a prévalu ; si nous n'écoutions que notre sentiment, c'est au second que nous donnerions la préférence. Nous supposons en tous cas que l'insolvabilité est antérieure au décès, car si elle était postérieure nous n'hésiterions pas à dire qu'il faut comprendre les sommes dans la masse puisque celle-ci doit toujours se composer d'après l'état des choses au moment du décès du *de cuius*.

Nous allons examiner une autre question qui a préoccupé plusieurs auteurs et que nous formulerons ainsi : un bien peut-il figurer dans la masse à deux titres différents et la grossir de deux fois sa valeur ? Pour saisir l'intérêt de la question qui peut sembler tout d'abord singulière, il faut supposer qu'un bien donné entre vifs est rentré dans les mains du donateur et fait partie

de son patrimoine à son décès; on suppose d'ordinaire que le bien en question a été rendu au donataire à titre gratuit. Nous répondons qu'en principe un même bien ne peut pas être compté double, le bon sens l'indique assez, mais il peut résulter des circonstances que la valeur de ce bien semble être portée deux fois, ce n'est toutefois qu'une apparence. Ainsi on admet sans peine qu'un bien donné qui ensuite a été racheté par le donateur figure à la masse comme bien extant en même temps que le prix de rachat. Et en effet il n'y a pas de double emploi, car au fond c'est une somme d'argent qui est sortie du patrimoine du *de cujus* et dont a bénéficié le donataire, et il n'est que juste de réunir fictivement cette somme à la valeur du bien extant. Cette solution que nous adoptons ne contrarie en rien notre principe.

Il est une autre hypothèse où l'on est d'accord aussi pour ne compter le bien donné qu'une seule fois, comme bien extant, c'est quand il est rentré dans le patrimoine du *de cujus* par l'effet de la résolution de la donation. La donation est réputée n'avoir jamais existé, il serait illogique de parler de la réunion fictive du bien donné.

Mais la décision est plus délicate, si l'on suppose que le bien est revenu au donateur à titre gratuit. Et d'abord il peut avoir été donné de nouveau au donateur par le donataire, dans ce cas nous ne le comptons que comme bien extant, car il est matériellement impossible que le seul et même bien existe deux fois dans la même masse, et nous ne pensons pas qu'une somme puisse être portée à la masse sans représenter une valeur réelle. Nous admettrions au contraire, que ce bien fût compté deux

fois s'il avait été repris dans la succession du donataire par le donateur venant comme héritier avec d'autres, parce que dans ce cas le bien échu au donateur par le partage lui tiendrait lieu de sa part qui aurait pu lui être attribuée en une autre valeur. Il n'y aura donc pas de double emploi et la masse peut comprendre à la fois la valeur représentative de l'immeuble, et la valeur représentative de la part de succession du *de cujus*, c'est-à-dire tout ce qu'elle aurait contenu, si la donation n'avait pas eu lieu.

La même question peut se présenter avec quelque modification sous un autre aspect : une même personne peut-elle faire entrer le même bien dans deux masses différentes pour le calcul de sa réserve dans deux successions où elle est en même temps héritière ? Nos anciens auteurs s'étaient déjà posé cette question et se demandaient « s'il était possible de légitimer deux fois sur les mêmes biens » ; ils décidaient en général que cela était possible. Nous l'admettons aussi et cela n'a rien d'illogique ici, car il ne s'agit plus de compter à la fois et en même temps un seul et même bien comme bien donné et comme bien extant, mais de le compter successivement et dans deux successions distinctes, ce qui est tout différent. L'inconvénient est qu'on peut arriver ainsi à supprimer la portion disponible ; pour montrer ce résultat, M. Demolombe a construit une hypothèse qui est très compliquée et peu pratique et dans l'exposition de laquelle MM. Aubry et Rau ont relevé une erreur de calcul (1). Les objections de M. Demo-

(1) § 684, note 30.

lombe ne nous semblent donc pas très pressantes.

Terminons ce paragraphe en constatant qu'on n'applique pas la réunion fictive à l'abandon d'un usufruit ou de la jouissance d'un bien et en général à toutes les libéralités modiques, prélevées uniquement sur les revenus, nous avons eu déjà l'occasion de le noter à propos des dépenses pour l'éducation des enfants, il faudrait décider de même pour les œuvres de charité.

§ 2. — Estimation des biens.

Lorsqu'on connaît quels sont les biens dont se compose la masse, il s'agit de procéder à leur évaluation, afin d'obtenir un terme uniforme de comparaison.

Il faut, cela va sans dire, estimer les biens extants comme les biens donnés ; si l'article 922 ne parle explicitement que de l'évaluation de ces derniers, c'est qu'il était nécessaire d'indiquer une règle qui leur est spéciale, savoir que l'évaluation doit se faire d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au décès du donateur, tandis que l'estimation des biens laissés par le défunt dans sa succession se fait tout naturellement d'après leur état et leur valeur au jour du décès ; la loi ne l'exprime pas formellement, mais le sens de l'article 922 à cet égard n'est pas douteux.

Ainsi les biens donnés et les biens extants sont estimés d'après leur valeur à une même époque, celle de l'ouverture de la succession ; il fallait bien s'arrêter à un moment unique pour déterminer la consistance et

la valeur du patrimoine du défunt et le dernier instant de sa vie était tout indiqué, c'est en effet à ce moment que s'ouvre le droit des héritiers réservataires. Quant aux biens extants on ne tiendra pas compte des variations de valeur, qu'elles soient antérieures ou postérieures au décès; pour les biens donnés on ne tiendra pas compte non plus des variations postérieures, mais on tiendra compte au contraire des augmentations ou des diminutions de valeur qui se seraient produites entre la donation et le décès du *de cujus*, pourvu toutefois qu'elles subsistent encore au jour du décès.

Les droits des héritiers réservataires comme des donataires et légataires, sont irrévocablement fixés sans qu'il y ait à considérer les changements qui pourront se produire après le décès; ce n'est pas à dire, on le comprend bien, qu'ils ne puissent souffrir ou bénéficier de ces changements. Il est évident au contraire qu'un légataire de corps certain profitera des accroissements et des plus-values postérieures au décès; il en serait de même des légataires universels ou à titre universel. Supposons encore un donataire d'un immeuble qui est soumis à une réduction de moitié d'après l'estimation faite au jour du décès; à partir de ce moment le donateur et l'héritier réservataire, sont propriétaires de cet immeuble chacun pour moitié par indivis, ils profiteront donc également des pertes et des plus-values, mais la proportion de leurs droits sur cet immeuble ne variera plus.

A la différence de ce que nous venons de voir pour la valeur des biens, on ne considère pas leur état à une

seule et même époque pour les biens donnés et les biens laissés. Les premiers sont évalués suivant leur état au temps de la donation et les seconds d'après leur état au temps du décès ; c'est la fortune du défunt qu'il s'agit d'établir telle qu'elle se serait trouvée à sa mort, s'il n'avait pas fait de donations, on ne pourrait donc pas compter contre les donataires les améliorations obtenues par leur travail et leurs deniers, ni faire supporter aux réservataires les dégradations provenues du fait de ceux-là. Il faudrait au contraire tenir compte des changements survenus dans l'état des biens, s'ils étaient indépendants du fait des donataires et qu'ils eussent dû se produire de même entre les mains du donateur.

Si les donataires ont fait des constructions ou des plantations sur des immeubles atteints par la réduction, il faudra leur rembourser la plus-value qui en sera résultée au temps du décès ; il faudra pareillement leur tenir compte des impenses nécessaires qu'ils auraient faites pour la conservation de la chose encore qu'elles n'eussent point amélioré le fonds. De son côté le donataire doit tenir compte des dégradations provenant de son fait ou de sa négligence qui ont diminué la valeur de l'immeuble et de celles faites par l'acquéreur auquel il aurait cédé l'immeuble. En un mot nous appliquons ici les règles édictées par les articles 861-864 à propos du rapport.

L'article 922 est-il applicable à tous les biens donnés et les meubles doivent-ils être estimés de la même manière que les immeubles ? La loi ne paraît faire aucune distinction dans notre matière, mais dans celle du rap-

port dont beaucoup de règles sont identiques, l'article 868 prescrit d'estimer le mobilier sur le pied de la valeur lors de la donation ; de plus on peut invoquer dans le même sens l'autorité de notre ancien droit, anciennement on évaluait le mobilier d'après sa valeur au moment de la donation aussi bien pour le calcul de la légitime que pour le rapport. Dans le sens contraire on peut s'appuyer sur les travaux préparatoires du Code civil, dans lesquels nous voyons que la distinction entre les immeubles et les meubles fut proposée et repoussée au conseil d'État. Trois opinions se sont fait jour : la première applique ici les règles de l'article 868 touchant le rapport, la seconde tout opposée applique au contraire rigoureusement les termes de l'article 922 à tous les meubles comme aux immeubles et la troisième tout en reconnaissant que ce dernier article n'autorise pas la distinction radicale entre meubles et immeubles et qu'en principe l'évaluation doit se faire suivant les mêmes règles, admet cependant que les denrées et les choses destinées à être promptement consommées ne peuvent être estimées que sur le pied de leur valeur au moment de la donation. Cette concession que sont obligés de faire presque tous les partisans du second système montre qu'il eut été préférable de conserver la règle de notre ancien droit que l'article 922 semble bien avoir abandonnée.

En principe tous les biens doivent être estimés, cependant si le défunt laisse de l'argent monnayé il est évident qu'il n'y a pas d'autre estimation à faire que de tenir état de la somme laissée. Quant aux valeurs cotées

en bourse, il est un mode d'estimation qui est des plus simples, il consiste à prendre le cours de la bourse au jour du décès. Pour les créances, on compte les bonnes d'après leur valeur nominale et on ne fait pas état de celles qui sont absolument mauvaises ou on ne les porte que pour mémoire ; s'il y en a de douteuses on peut soit également les porter pour mémoire seulement sauf à distribuer par la suite aux ayants-droit les sommes qui auraient pu être recouvrées, soit les vendre à l'amiable ou aux enchères pour en faire argent de suite et terminer les comptes d'un seul coup. L'estimation de tous les biens doit en tous cas se faire contradictoirement entre les parties intéressées.

§ 3. — Déduction des dettes.

C'est sur l'actif net du défunt que doivent être calculées la portion disponible et la réserve, il n'y a vraiment de biens que toutes dettes payées, et un homme qui a cent mille francs d'actif et cent mille francs de passif ne possède rien en somme. La déduction des dettes est donc une opération nécessaire, c'est ce que nous indique l'article 922, mais il ne faut pas suivre à la lettre la marche que nous enseigne cet article.

Vis-à-vis des créanciers et des légataires les biens donnés entre-vifs par le défunt sont définitivement sortis de son patrimoine, ceux-ci ne peuvent en effet avoir sur ces biens plus de droits que lui-même ; la loi au contraire permet aux réservataires de poursuivre et de faire valoir leurs droits sur les biens donnés. Les

créanciers ne peuvent prétendre être payés que sur les biens laissés par le défunt dans sa succession, c'est donc sur ces biens seuls que doit porter la déduction des dettes. Le procédé indiqué par la loi ne présente aucun inconvénient, lorsque les dettes sont inférieures ou égales aux biens laissés, mais au contraire il devient très important de ne pas l'appliquer quand elles leur sont supérieures.

Supposons en effet que le défunt qui a donné cent mille francs, laisse cent mille francs d'actif et deux cent mille francs de passif dans sa succession ; si on fait porter la déduction des dettes sur la somme des biens donnés et des biens extants, on arrivera à ce résultat bizarre qu'il ne restera rien pour asseoir le calcul de la quotité disponible qui sera donc ainsi réduite à rien, de sorte que les héritiers réservataires pourront reprendre et garder intégralement les cent mille francs donnés, parce qu'ils auront fait porter la déduction des dettes sur des biens que ces dettes ne grévaient pas. Ce système n'est pas logique et ne saurait être admis ; aussi tout le monde convient-il que la déduction des dettes doit porter exclusivement sur les biens extants, c'était déjà l'avis de Pothier et telle paraît bien aussi avoir été la pensée des auteurs de notre article ; il ne faut donc voir dans ses termes qu'un défaut de rédaction et non l'intention arrêtée de faire prévaloir un procédé qui nous conduirait à une grave inconséquence.

Toutes les dettes qui grèvent l'actif du défunt doivent être déduites : ainsi de même que nous avons fait figu-

rer dans l'actif de la succession les créances contre l'héritier, de même ici nous déduirons les créances de ce dernier contre le défunt encore qu'il ait accepté la succession purement et simplement.

Nous croyons qu'il y a lieu de déduire même une dette naturelle et surtout une dette prescrite, si l'héritier réservataire veut les acquitter et refuse d'opposer la prescription. Tel n'est pas l'avis de M. Demolombe et cependant il se prononce pour la déduction d'une dette pour la preuve de laquelle le créancier a dû recourir au serment décisore qu'il a déferé à l'héritier. Si les donataires et les légataires ne peuvent contraindre l'héritier à un parjure, pourquoi pourraient-ils l'obliger à opposer la prescription quand il sait pertinemment que la dette n'a pas été acquittée ?

S'il existe des dettes litigieuses et que les divers intéressés ne s'entendent pas sur le parti à prendre à leur sujet, nous pensons qu'il faut les déduire provisoirement, car l'héritier doit obtenir sa réserve intacte, sauf à lui faire fournir des cautions, pour le cas où ces dettes ne seraient pas reconnues par les tribunaux. Nous ne croyons pas qu'on puisse le contraindre à se dessaisir de sommes qu'il peut être condamné incessamment à rembourser ; et s'il faut sacrifier l'intérêt de quelqu'un, ce ne doit pas être celui de l'héritier réservataire. Nous admettons pour les mêmes raisons la déduction des dettes conditionnelles, des dettes solidaires, pour ne pas exposer l'héritier réservataire à un recours, peut-être vain contre les légataires et les donataires pour obtenir sa réserve.

En principe ce sont les seules dettes du défunt qui doivent être déduites, les obligations successives contractées par lui doivent être mises à la charge de l'héritier réservataire proportionnellement au temps couru comparé au temps entier sur lequel elles devaient se répartir.

Les frais d'un procès que l'héritier a engagé dans l'intérêt de la succession doivent être soumis à la déduction, bien qu'on ne puisse pas dire que ce soient des dettes du défunt, parce qu'ils ont été faits dans l'intérêt de tous.

Les frais funéraires doivent également être déduits ; tout le monde est d'accord sur ce point, mais dans l'application il peut soulever bien des contestations qui seront résolues par les tribunaux, s'il y a lieu. Ceux-ci dans leurs appréciations auront à tenir compte de divers éléments tels que la situation sociale du défunt et surtout bien entendu sa situation de fortune.

Enfin on admet généralement aussi, bien que cela puisse paraître douteux, que les frais de scellés, d'inventaire, de liquidation et même de partage doivent être déduits. La raison de douter est que ces frais n'intéressent vraiment guère les donataires, mais d'un autre côté il faut que les héritiers réservataires obtiennent intégralement leur réserve d'après le vœu de la loi. Du reste la raison qu'on allègue contre la déduction de ces frais est peu concluante, car on peut en dire en général autant de toutes les dettes du défunt ; on peut soutenir enfin que les donataires profitent indirectement de ces frais qui sont nécessaires pour arriver à la liquidation des droits de tous, donataires, légataires et héritiers.

§ 4. — Calcul de la quotité disponible.

Lorsque les biens du défunt sont ainsi connus, il ne reste plus qu'une simple opération de calcul à faire pour obtenir la quotité disponible. Les proportions respectives de la quotité disponible et de la réserve nous sont indiquées par les articles 913-916 du Code civil et varient suivant le nombre et la qualité des réservataires.

Telles sont les opérations à faire pour arriver à établir quelle est la quotité disponible et en même temps quelle est la réserve ; maintenant que ce premier point nous est connu, nous ne pouvons pas dire encore s'il y a ou non lieu à réduction ; il nous faut auparavant établir le deuxième des trois points que nous avons signalés en tête de ce chapitre, savoir quelle est la quotité dont le défunt a disposé librement en usant de la faculté que lui accordent les articles 913-916. Rien ne serait plus simple à établir s'il ne s'agissait que d'opérer le total des libéralités qu'il a faites, mais les difficultés proviennent de ce que parmi ces libéralités les unes doivent s'imputer sur la quotité disponible et les autres sur la réserve. Il faut donc distribuer les libéralités en deux catégories distinctes, c'est la tâche que nous abordons.

II. — Nous ne pouvons pas étudier ici avec tous les développements que comporterait la matière les questions si complexes que soulève l'imputation des libéralités ; nous nous bornerons à en tracer les principales

lignes et à indiquer les solutions proposées, cela suffira pour l'intelligence de la marche à suivre dans l'exercice de l'action en réduction.

Les libéralités qui ont été faites à des étrangers sont toujours imputables sur la quotité disponible, il en est de même de celles qui ont été faites à des parents qui ne sont pas successibles au moment de l'ouverture de la succession du *de cujus*, l'eussent-ils été au temps de la donation et quand bien même celui-ci eût cru leur faire un simple avancement d'hoirie. Pour qu'il puisse être question d'imputer une libéralité sur la réserve, il faut évidemment que celui qui a été gratifié ait droit à une réserve.

Il en est de même des libéralités faites à des successibles par préciput et hors part, ou ce qui revient au même avec dispense de rapport ; en insérant ces clauses dans les dispositions faites en leur faveur, le *de cujus* a montré qu'il ne voulait pas leur faire une simple avance sur la part à eux attribuée par la loi, mais qu'il entendait user de la faculté que lui réserve la loi de disposer librement d'une certaine partie de sa fortune. C'est sur l'intention présumée du disposant que nous basons notre système d'imputation ; aussi plusieurs pensent-ils que la règle que nous venons de poser n'est pas absolue et que les juges pourront, par interprétation de la volonté du défunt, décider que l'imputation doit avoir lieu sur la réserve malgré la dispense de rapport.

C'est la loi elle-même qui dans l'article 919 du Code civil pose la présomption dont nous venons de parler ; elle exige formellement que la disposition soit faite à

titre de préciput ou hors part d'une manière expresse pour que l'imputation se fasse sur la quotité disponible ; il n'est pas nécessaire d'employer l'un des termes indiqués, il suffit que la volonté du disposant soit expresse.

Si l'héritier réservataire qui a reçu une libéralité par préciput accepte la succession, il pourra cumuler la quotité disponible avec sa part de réserve ; si au contraire il renonce, il ne pourra retenir ce qui lui a été donné que sur la quotité disponible.

Les points que nous venons de voir ne sont guère sujets à contestation, mais si nous examinons les cas où la donation a été faite à un successible comme avancement d'hoirie, nous allons nous trouver en présence de questions des plus controversées. Nous distinguerons trois cas suivant que le successible est décédé avant le *de cuius*, qu'il lui survit et accepte sa succession, ou que lui survivant il renonce.

Disons tout d'abord qu'en principe toutes libéralités faites à des successibles en avancement d'hoirie doivent s'imputer sur la réserve ; il suffit même pour cela d'après l'article 919 que le disposant n'ait pas exprimé formellement la dispense de rapport soit dans l'acte qui contient la disposition, soit postérieurement, en la forme des dispositions entre-vifs ou testamentaires. Passons maintenant à l'examen de nos trois cas.

A. — Si le successible donataire est mort avant l'ouverture de la succession du *de cuius*, de deux choses l'une : ou il est représenté par ses enfants dans la succession et alors la donation qu'il a reçue est imputable sur la réserve ; ou au contraire il n'est pas représenté

soit qu'il n'ait pas d'enfants, soit que ses enfants viennent à la succession sans le secours de la représentation, et alors la donation qu'il a reçue doit s'imputer sur la quotité disponible. Nous avons prévu ci-dessus cette seconde hypothèse.

B. — Si le successible donataire ou légataire survit au *de cujus* et accepte la succession, les libéralités qu'il a reçues s'imputent sur la réserve, soit qu'il vienne seul comme héritier, soit qu'il vienne en concours avec d'autres réservataires. On est allé même jusqu'à décider que l'héritier réservataire en concours avec un simple légataire devait imputer sur sa réserve tout legs quelconque que lui aurait adressé le défunt; en admettant que cette doctrine, qui du reste est très controversée, soit conforme aux principes, il sera souvent difficile d'apercevoir le moindre intérêt dans une telle disposition. Le défunt n'aura donc fait qu'un acte inutile, on nous répond qu'il ne devait pas ignorer la loi. La déclaration faite par le disposant qu'il voulait que le legs adressé à son successible fût acquitté de préférence à tous autres ne suffirait même pas à dispenser l'héritier de l'imputation sur sa réserve (1).

Voici une autre question qui est aussi des plus controversées et qui a été résolue tour à tour dans des sens contraires par les jurisconsultes les plus éminents. L'imputation des libéralités faites sans dispense de rapport à un ou plusieurs successibles doit-elle être faite sur la réserve de tous les héritiers en masse ou bien sur la part de réserve des héritiers donataires seulement?

(1) Demol. tom. XIX, n° 487. — Aubry et Rau § 684 ter.

si l'on adopte ce dernier parti la conséquence sera de faire imputer sur la quotité disponible le surplus des donations excédant la part de réserve.

Faisons une hypothèse que nous indiquent plusieurs auteurs ayant traité cette question : le *de cujus* avait deux enfants et avait donné à Primus, l'un d'eux, sans dispense de rapport, une somme de quarante cinq mille francs ; puis il est mort laissant ses deux enfants et quinze mille francs seulement dans sa succession et légua à un tiers sa quotité disponible. Dans ces conditions la quotité disponible est de vingt mille francs, dès lors il semble que le légataire de cette quotité va pouvoir prendre les quinze mille francs laissés par le défunt dans sa succession. Faut-il en effet les lui attribuer ? La décision va dépendre du système d'imputation que l'on adoptera : si l'on s'arrête au premier c'est-à-dire si l'on fait l'imputation sur la réserve des héritiers en masse, le légataire pourra prendre les quinze mille francs restés dans la succession parce qu'ils se trouveront libres ; si au contraire on choisit le second, la quotité disponible se trouvant absorbée par la donation en avancement d'hoirie, le légataire qui ne peut profiter du rapport n'obtiendra rien.

Ce système a été soutenu par M. Labbé et par MM. Aubry et Rau qui depuis se sont ralliés au premier défendu déjà par M. Vernet et M. Demolombe ; celui-ci nous paraît plus conforme aux principes, mais présente de graves inconvénients pratiques et entre autres celui d'exposer les réservataires à se voir privés de leur réserve, si leur co-héritier donataire en avancement d'hoirie se

trouve être insolvable à la mort du *de cujus*. Et malgré cette insolvabilité le légataire recueillera son legs ou au moins une partie, tandis que les héritiers réservataires en seront réduits à un recours inefficace contre leur co-héritier insolvable.

C. — Il nous faut aborder maintenant le troisième cas prévu ci-dessus, celui où le successible donataire en avancement d'hoirie ayant survécu au *de cujus* renonce à sa succession (1). Imputerons-nous la donation qu'il a reçue sur la quotité disponible ou sur la réserve ? L'héritier réservataire peut-il cumuler la quotité disponible et sa part de réserve pour retenir la donation ? Ou même pourrait-il réclamer sa réserve par voie d'action ? Ces questions constituent des difficultés des plus célèbres, connues sous la dénomination de question du cumul.

Les conséquences de la renonciation d'un héritier réservataire doivent être examinées à deux points de vue : 1^o en ce qui touche le droit du réservataire lui-même à prendre part dans la réserve, 2^o en ce qui concerne la fixation de la quotité disponible, quand elle dépend du nombre des héritiers réservataires : le renonçant fait-il nombre pour la fixation de la quotité disponible ?

Ces deux questions se tiennent de près : si le renonçant conserve le droit de prendre part dans certaines hypothèses au moins, on est amené à dire que sa renonciation ne peut pas diminuer le montant de la réserve. Cependant le lien n'est pas aussi étroit qu'il semblerait tout d'abord et l'on peut se demander si la récipro-

(1) La question se présente de même en cas d'exclusion pour cause d'indignité.

que est vraie : en admettant que le renonçant ne puisse prendre part dans la réserve, faudra-t-il nécessairement en conclure qu'il ne doit pas être compté pour la fixation de la réserve ?

La jurisprudence refuse à l'héritier renonçant de prendre part dans la réserve et admet de plus qu'il continue à faire nombre pour la fixation de la quotité disponible. Ainsi un *de cujus* a trois enfants parmi lesquels l'un renonce pour ne pas rapporter ce que le défunt lui a donné, (la renonciation a le plus souvent pour but d'éviter le rapport); la Cour de cassation décide qu'il ne peut conserver ce qu'il a reçu qu'autant que le don ne dépasse pas le $\frac{1}{4}$ de la fortune du *de cujus*. Et comme il est compté malgré sa renonciation, la réserve reste fixée aux $\frac{3}{4}$, de sorte que le renonçant fait nombre contre lui-même.

Pour nous nous donnerons à ces deux questions une réponse très simple dans son application : le renonçant doit en tous cas être considéré comme s'il n'avait pas survécu au *de cujus*; sa renonciation l'a rendu étranger à la succession. Par suite il n'aura aucune part dans la réserve et ne peut faire nombre pour fixer la quotité disponible. Telle est, croyons-nous, la doctrine de la faculté de Paris. (1)

La réserve n'est pas autre chose, nous ne saurions trop le répéter, que la partie de la succession *ab intestat* protégée par la loi contre les libéralités du *de cujus*. Comment alors y prétendre sans être héritier ?

(1) C'est d'après l'enseignement de M. Bufnoir à son cours que nous traitons cette question. Nous devons ajouter qu'en plusieurs endroits nous nous sommes inspiré des notes par nous prises au cours de M. Bufnoir.

Nous disons en premier lieu qu'en aucun cas et sous aucune forme le renonçant ne peut ni demander, ni retenir une part dans la réserve ; c'est aussi la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, qui après avoir sanctionné d'abord cette solution l'abandonna ensuite pour y revenir définitivement, il faut l'espérer.

L'arrêt fameux qui le premier consacra cette solution a conservé le nom des parties, les héritiers Laroque de Mons, sous lequel il est encore connu aujourd'hui ; c'est un arrêt de rejet de la section civile de la Cour de cassation du 18 février 1818 sur un pourvoi du sieur Laroque de Mons contre un arrêt de la cour de Bordeaux du 30 janvier 1816, qui avait confirmé un jugement du tribunal civil de Périgueux en date du 29 août 1814 (1). La Cour de cassation concluait que la dame de Mons qui à son décès avait laissé six enfants, n'avait pu disposer au profit du demandeur son fils aîné, que du quart de ses biens et que celui-ci ayant renoncé volontairement à la qualité d'héritier pour s'en tenir à la donation que lui avait faite sa mère dans son contrat de mariage, ne pouvait prétendre qu'à la portion disponible et avait perdu sa part dans la réserve ou légitime que la loi ne donne qu'aux héritiers. Le sieur Saint-Pierre de Laroque avait inutilement produit à l'appui de sa demande une consultation de M. Proudhon qui apportait très énergiquement le secours de son autorité aux prétentions du demandeur en rappelant les règles

(1) Sirey, 1818, 1, 98. M. Sirey étant l'avocat des défendeurs a rapporté l'arrêt avec beaucoup de détails et en l'appuyant de commentaires très élogieux.

qui avaient régi la légitime dans notre ancien droit.

Si nous faisons un retour sur les précédents, nous nous rappelons que dans notre ancien droit il y avait trois institutions plus ou moins analogues à la réserve : 1° la légitime des pays de droit écrit ; 2° celle des pays coutumiers et 3° les réserves coutumières sur les biens propres, établies au profit des héritiers aux propres à quelque degré qu'ils fussent du *de cujus*. Notre question recevait des solutions différentes dans ces trois institutions.

Dans les pays de droit écrit, l'enfant renonçant pouvait non seulement conserver sa part de légitime sur les biens qu'il avait reçus, (1) mais il pouvait même réclamer sa légitime sans avoir besoin de se porter héritier. On disait : « Legitima pars bonorum est, non hereditatis. »

Dans les pays de coutumes c'était la maxime contraire qui avait prévalu : « Apud nos non habet legitimam nisi qui heres est ». Toutefois dans les coutumes qui permettaient à l'enfant renonçant de garder les dons à lui faits par le *de cujus*, on décidait que l'enfant ayant reçu un don en avancement d'hoirie et renonçant à la succession pour conserver ce don, avait le droit de *retenir* sur les biens qui lui avaient été ainsi donnés sa part de légitime outre la quotité disponible, la légitime des autres enfants restant intacte (2). Le légitimaire renonçant ne peut pas réclamer sa réserve par voie d'action, mais peut la retenir par exception, en l'a-

(1) Nov. 92. Ord. 1731, art. 34.

(2) Cout. de Paris, art. 307. Cout. d'Orléans, art. 273.

joutant le cas échéant à la quotité disponible (1). Dans ces coutumes le renonçant continuait à compter pour la détermination de la légitime des autres héritiers.

Quant aux réserves coutumières nul n'était admis à y prendre part qu'à la condition de se porter héritier ; et le renonçant n'aurait pas pu conserver au delà du disponible la part à lui donnée par le *de cujus*.

Lequel de ces systèmes le Code civil a-t-il reproduit ? selon nous c'est celui des réserves coutumières, mais ce point est contesté par des interprètes considérables. Ce qui est unanimement admis aujourd'hui, c'est que le réservataire renonçant ne peut invoquer sa qualité de réservataire contre ses co-héritiers ou même contre les légataires pour obtenir sa réserve par voie d'action contre eux. Le véritable point de la controverse est de savoir si la renonciation permet de conserver les libéralités faites au renonçant par le *de cujus*, en invoquant sa qualité de réservataire et en cumulant la quotité disponible et sa part de réserve.

Faisons une hypothèse : le *de cujus* a quatre enfants et laisse cent vingt mille francs d'actif net et de biens donnés entre-vifs ; la quotité disponible est par conséquent de trente mille francs. L'un des enfants, Primus, a reçu quarante mille francs qu'il devra rapporter, s'il accepte ; mais il renonce : quelle portion va-t-il pouvoir garder de ses quarante mille francs ? Si nous suivions la règle des *Coutumes de Paris et d'Orléans*, nous dirions qu'il ne doit laisser à ses trois frères que leur réserve intacte, soit vingt-deux mille cinq cents francs à chacun

(1) Ricard. *Traité des don.* 978-979.

ou en tout cinquante-sept mille cinq cents francs ; sur le don qui lui a été fait il conservera donc sa propre part de réserve vingt-deux mille cinq cents et en outre dix-sept mille cinq cents pris sur le disponible de trente mille. Quant aux douze mille cinq cents francs restants du disponible, ils seront donnés aux trois frères ou serviront à exécuter les dispositions testamentaires du *de cujus*.

Cette doctrine n'est pas admise par la Cour de cassation, nous ne l'admettons pas non plus. L'enfant, suivant nous, ne peut conserver que trente mille francs, c'est-à-dire tout le disponible et ses trois frères se partageront le surplus de la succession soit quatre-vingt-dix mille francs, soit trente mille pour chacun. L'inconvénient de ce système est qu'il ne reste plus de quotité disponible, puisqu'elle se trouve absorbée par le don fait à l'enfant qui renonce, ce qui trompe les prévisions du père de famille, qui ne comptait faire qu'une avance sur la part devant revenir au donataire et qui a ainsi disposé sans le savoir de sa quotité disponible. A cela on peut répondre que le père a pu prévoir cette éventualité ; il est du reste un fait naturel qu'il a bien dû prévoir, c'est le décès du donataire précédant le sien, et ce décès du donataire aurait éteint son droit de disposition ou l'aurait entamé. Nous sommes forcés de reconnaître néanmoins qu'il y a là une objection sérieuse, car en définitive le père a pu compter sur l'acceptation de son enfant et faire quelques dispositions qui ne pourront pas s'exécuter et seront totalement renversées.

Nous croyons cependant que tel est bien le système

du Code civil et les textes sont en harmonie avec cette manière de voir. Ainsi tandis que les *Coutumes de Paris* (art. 298) et d'*Orléans* (art. 274) fixaient non pas le montant de la quotité disponible mais celui de la légitime pour chaque enfant individuellement « à la moitié de telle part et portion que chacun enfant eût eue en succession desdits père et mère, aïeul ou aïeule », le Code civil, lui, procède en déterminant la quotité disponible, de sorte que la réserve se trouve fixée en bloc *a contrario*. Dans ce système le renonçant doit laisser aux autres réservataires non la part attribuée à chacun d'eux mais la réserve entière en bloc, qui se partage alors entre ceux venant à la succession. On peut voir que les articles 845, 913, 915 sont parfaitement conformes à cette façon de les interpréter ; le premier de ces textes surtout est topique et montre que l'héritier renonçant ne peut rien conserver au delà de la quotité disponible.

L'inconvénient que nous avons signalé avait frappé les jurisconsultes et déterminé un revirement dans la jurisprudence de la Cour de cassation ; c'est sous cette impression qu'en 1829 et en 1834 dans les affaires Mourgues et de Castille (1) elle admit que les avances faites à un enfant devaient être imputées d'abord sur sa part de réserve. Mais entrée dans cette nouvelle voie la Cour fut fatalement amenée à se prononcer en faveur du cumul de la réserve et de la quotité disponible ; c'est là qu'elle aboutit en effet dans l'affaire Leproust en

(1) Cass. 11 août 1829. — Sirey, 1829, 1, 297. — Cass. 24 mars 1834. — Sirey, 1834, 1, 145.

1843 (1). Ce dernier arrêt renversait de fond en comble la doctrine de l'arrêt Laroque de Mons.

Nous voici en face de la doctrine du cumul que l'arrêt justifie en disant que par sa renonciation l'enfant n'abdique pas sa part dans la réserve légale, à laquelle sa qualité d'enfant lui donne droit. M. Labbé qui a soutenu la même théorie (2) l'a étayée sur une donnée différente : il s'est d'abord proposé d'établir au moyen des travaux préparatoires du Code civil que le législateur n'avait pu vouloir et n'avait pas voulu subrepticement rompre la chaîne de la tradition et substituer à la légitime une institution toute différente. Dans son opinion le chiffre de la réserve de chacun des héritiers réservataires ne subit aucune modification par l'effet de la renonciation de l'un d'eux ; telle est bien aussi l'idée qui paraît avoir été celle des *Coutumes de Paris et d'Orléans*. D'où il suit que la part du renonçant devient disponible, parce que le réservataire renonçant n'a plus droit à sa part de réserve ; celle-ci augmente donc le disponible, mais l'augmente tout d'abord à son profit. Un étranger pourrait profiter aussi de l'augmentation du disponible.

Nous abordons ainsi forcément la question de savoir si la renonciation d'un réservataire modifie ou non la quotité disponible, nous l'examinerons tout à l'heure.

L'article 845 décide que le renonçant a le droit de retenir le don à lui fait ou de réclamer son legs jusqu'à concurrence du disponible et la doctrine du cumul augmente ce disponible de la portion de réserve du réservataire

(1) Cass. 17 mai 1843. Sirey, 1843, 1, 689.

(2) *Revue pratique*, tome V, pages 193, 257, 305, 353.

renonçant. Cette doctrine prétend que l'article 845 a bien fixé l'étendue et le point où doit s'arrêter la part du renonçant mais n'a point fixé le point de départ et que celui-ci conserve tout d'abord sa part de réserve sans qu'il ait été besoin de le formuler. Voilà à peu près comment on écarte l'argument tiré de l'article 845 ; mais rapprochons l'article 844 et nous voyons que ce texte indique que l'héritier donataire par préciput acceptant ne peut garder que le disponible sauf à trouver sa part de réserve dans la succession. Ce point est certain et s'oppose à l'interprétation ci-dessus.

Quant à l'article 921 il n'est pas nécessaire d'admettre que le réservataire prend sa réserve *jure sanguinis* et non *jure hereditatis* pour le justifier ; les biens donnés entre-vifs ont cessé d'être le gage des créanciers du *de cujus* au regard desquels ils sont définitivement sortis de son patrimoine et lorsque la loi les fait rentrer dans ce patrimoine, c'est au seul profit des héritiers réservataires. Si l'on objecte que ceux-ci peuvent craindre en acceptant la succession de n'avoir qu'un droit illusoire et de faire le jeu des créanciers, nous répondons qu'ils peuvent accepter sous bénéfice d'inventaire et dire aux créanciers en vertu de l'article 921 : « Les biens que nous avons repris par la réduction ne font pas partie du patrimoine du *de cujus* à votre égard. »

On a voulu aussi donner de l'article 924 une explication qui conduit à admettre le système du cumul, nous aurons à examiner ce point dans le chapitre suivant. Disons seulement que l'article 924 à notre avis ne suppose nullement un héritier renonçant et doit s'entendre

du cas où le donataire est un successible, donataire par préciput, qui accepte la succession.

L'argument historique tiré des *Coutumes* se réfute par cette raison que la réserve du Code civil n'est pas fixée comme la légitime dans les *Coutumes*: celle-ci était directement et individuellement fixée, tandis qu'aujourd'hui la loi fixe la quotité du disponible et la réserve se trouve ainsi déterminée en bloc *a contrario*; nous l'avons dit déjà. D'où la conséquence que lorsque l'un des enfants renonce, comme il devient étranger à la succession *ab intestat*, il ne peut être admis à prendre sous aucune façon ou à conserver une portion de la réserve, c'est-à-dire une portion de la succession diminuée du disponible.

Ajoutons que la théorie du cumul renverse encore plus que la nôtre les prévisions du père de famille, puisque non seulement la quotité disponible va pouvoir être gardée par le réservataire mais encore la réserve. Elle choque de plus le principe de l'égalité entre les enfants. Nous concluons donc, comme nous l'avons annoncé, qu'il faut être héritier pour prendre part à la réserve, que l'enfant donataire en avancement d'hoirie qui renonce pour s'en tenir à son don ne peut retenir ce don que jusqu'à concurrence de la quotité disponible et que cette rétention doit s'imputer exclusivement sur la quotité disponible. Telle est la jurisprudence définitivement consacrée par un arrêt solennel de la Cour de cassation, statuant toutes chambres réunies sur le rapport de M. Faustin-Hélie et suivant les conclusions conformes de M. Dupin procureur général (1).

(1) Cass., 27 nov. 1863. Sirey, 1863, 1, 513.

Nous devons mentionner, en raison du crédit qui s'attache au nom de ceux qui l'ont soutenue (1) une opinion intermédiaire, qui prétend que la donation faite en avancement d'hoirie au successible renonçant ne sera conservée que dans la mesure de la quotité disponible, mais en imputant la donation d'abord sur la réserve et subsidiairement sur la quotité disponible. Le but de ce système est de remédier à l'inconvénient que présente le nôtre et d'éviter l'absorption de la quotité disponible par la donation faite au renonçant. On fait remarquer que d'autre part (2) les mêmes auteurs, admettant que sous l'empire du Code civil la réserve est attribuée d'une manière collective aux héritiers à réserve et que l'enfant ne saurait y prétendre sans se porter héritier, se sont mis ainsi en contradiction avec eux-mêmes.

Quelle est l'influence de la renonciation d'un héritier réservataire sur la fixation de la quotité du disponible et de la réserve? C'est le second point de vue auquel il nous faut maintenant envisager la question.

Dans certaines hypothèses on admet sans difficulté que l'héritier réservataire renonçant doit être considéré comme n'existant pas au moment de l'ouverture de la succession; c'est cette thèse que nous voulons soutenir pour tous les cas.

Si nous supposons d'abord qu'il n'y a qu'un ascendant dans une ligne et qu'il renonce, la succession passant alors entière aux collatéraux, il ne peut plus être question de limite à la quotité disponible et la question

(1) Aubry et Rau, § 682 1°, § 684 terc.

(2) § 679, note 1.

ne s'élève pas. Mais supposons maintenant que les héritiers réservataires sont plusieurs ascendants dans une seule ligne : la question se pose ici, mais il est évident que la renonciation de l'un d'eux est sans effet sur le montant de la réserve, qui est fixée à un quart quel que soit le nombre des ascendants. Tant qu'il en reste un, la renonciation des autres ne modifie rien. Enfin s'il y a un ascendant dans chaque ligne et que, l'un renonçant, les collatéraux soient appelés à sa place, on admet alors que la réserve qui était de $\frac{1}{2}$ est réduite à $\frac{1}{4}$ et que la part du renonçant entre entière dans le disponible. Cela résulte de ce que la loi a fixé individuellement à $\frac{1}{4}$ la réserve pour chaque ligne.

La difficulté devient sérieuse quand les héritiers réservataires sont des enfants : doit-on tenir compte du nombre des enfants *laissés* par le *de cuius* ou seulement de ceux qui viennent effectivement à la succession ? Soit par exemple un père qui laisse en mourant trois enfants dont l'un prend le parti de renoncer : la quotité disponible demeurera-t-elle limitée à $\frac{1}{4}$ ou s'élèvera-t-elle à $\frac{1}{3}$ par suite de la renonciation ? La Cour de cassation juge invariablement et a toujours jugé que la quotité disponible est définitivement déterminée par le nombre des enfants existants au décès du *de cuius* (1). Cette jurisprudence conduit à un résultat très rigoureux pour le réservataire renonçant qui a reçu une libéralité du *de cuius* ; car en admettant, comme le fait la Cour depuis 1863, que le renonçant ne peut garder que le disponible

(1) Cass. 13 août 1866. Sirey, 1866, 4, 383. — Cass. 25 juil. 1867. Sirey, 1868, 4, 12.

et perd toute participation à la réserve, on arrive à ce résultat que le renonçant fait nombre contre lui-même pour empêcher l'extension du disponible. Ce système se fonde sur le texte de l'article 913 qui parle des enfants que le défunt *laisse*, puis sur un argument tiré de l'article 786 qui prévoit l'accroissement de la part du renonçant à ses cohéritiers et par conséquent de la réserve qui n'est que la succession *ab intestat* diminuée du disponible. On ajoute enfin que la pensée du disposant doit être éclairée sur l'étendue de son droit et que la quotité disponible ne peut être influencée par des événements postérieurs au décès du père de famille.

Nous répondons que lorsque le législateur a déterminé le montant de la réserve et de la quotité disponible, il a dû se préoccuper du nombre des enfants qui prennent effectivement part à la réserve, c'est logique. Il ne faudrait pas non plus regarder comme péremptoire l'argument de texte, car le législateur emploie à différentes reprises le mot *laisser* pour exprimer *venir à la succession*, comme dans les articles 746 et 767; enfin l'article 915 emploie le même terme et cependant il faut bien reconnaître que si l'ascendant unique renonce, il ne peut plus y avoir de réserve. L'article 785 corrobore aussi notre interprétation.

Quant à l'argument tiré de l'article 786, c'est une pétition de principe, car pour qu'on puisse dire qu'il y a accroissement de la part du renonçant, il faut supposer *avant tout* que la masse partageable est d'ores et déjà fixée sans pouvoir varier. Cet article ajoute qu'à défaut de cohéritier la part du renonçant est dévolue au degré

subséquent ; il ne fait qu'appliquer l'article 785, c'est-à-dire que la part du renonçant doit aller à ceux à qui elle serait allée s'il n'existait pas.

Il est une autre solution qui distingue si le renonçant n'a rien reçu du *de cujus* ou s'il renonce au contraire *aliquo accepto*. Dans le premier cas qui se présente rarement, on admet qu'il ne peut compter pour la fixation du disponible et de la réserve ; si au contraire la renonciation a pour but de lui permettre de conserver une libéralité, en prenant pour point de départ que le renonçant peut garder sa part de réserve par voie d'exception, il est tout naturel qu'il soit compté pour la fixation du montant de la réserve.

Nous avons admis que le successible renonçant ne peut conserver ce qu'il a reçu que jusqu'à concurrence du disponible comme un étranger et dès lors il n'y a pas de raison de le compter pour fixer le montant de la réserve. L'opinion suivant laquelle le renonçant continuerait à faire nombre dans tous les cas pour la détermination de la réserve, avec cette conséquence que sa part n'accroîtrait pas à ses cohéritiers mais irait grossir la quotité disponible, est réfutée par l'idée fondamentale que la réserve fixée par *a contrario* de la quotité disponible n'est pas déterminée pour chaque héritier, mais en bloc.

Un texte important nous reste à expliquer, c'est l'article 918 que nous avons mentionné ci-dessus ; il vise des dispositions faites au profit de l'un des réservataires mais à titre onéreux ou grevées de charges. Tel est du moins le caractère apparent des dispositions en ques-

tion, mais en raison de leur nature il y a lieu de supposer que ce sont des libéralités déguisées, dispensées du rapport et imputables sur la quotité disponible.

L'origine de cet article est dans l'article 26 de la loi du 17 nivôse an II qui limitait très étroitement, nous le savons, la quotité disponible à $\frac{1}{10}$ en ligne directe et $\frac{1}{6}$ en collatérale. Cette loi interdisait de plus au disposant de la donner à l'un de ses héritiers ; aussi prévoyant qu'on pourrait essayer de tourner cette prescription, elle dispose dans l'article 26 que toutes donations à charge de rente viagère ou ventes à fonds perdu sont interdites, elle les prohibe de peur que ces opérations ne servent à déguiser des donations.

Le Code civil, lui, permet au disposant de laisser la quotité disponible à l'un de ses héritiers, mais craignant aussi que ces actes ne dissimulent des libéralités pures et simples, il pose en ce sens une présomption légale. Voyons quelle en est la force.

L'article 918 paraît indiquer trois catégories d'actes savoir : 1^o ceux qui contiennent aliénation à charge de rente viagère ; 2^o ceux qui contiennent aliénation à fonds perdu ; 3^o ceux qui contiennent aliénation avec réserve d'usufruit. Les deux premières catégories sembleraient n'en faire qu'une seule : l'aliénation à fonds perdu est un genre dont l'aliénation à charge de rente viagère n'est qu'une espèce, la plus fréquente ; on pourrait encore citer comme aliénation à fonds perdu l'échange d'un droit de propriété sur un bien contre un droit d'usufruit sur un autre bien. Ce qui caractérise ce genre d'opération c'est que l'aliénateur ne reçoit dans son patrimoine au-

cune valeur équivalente de celle qu'il aliène ; il ne reçoit qu'un droit viager destiné à s'éteindre à plus ou moins bref délai. L'aliénation avec réserve d'usufruit ne constitue pas au contraire une aliénation à fonds perdu : ce n'est autre chose que la vente de la nue-propriété. Mais l'article 918 ne fait pas cette distinction et assimile cette opération à une aliénation à fonds perdu.

L'article 26 de la loi de l'an II disait : « toute donation à charge de rente viagère ou vente à fonds perdu ». Il est probable que sous une forme différente l'article 918 a voulu exprimer la même idée et l'on convient en conséquence de l'appliquer aussi aux aliénations se présentant sous la forme de donations ; c'est du moins l'opinion générale.

Quel est l'intérêt de décider ainsi ? C'est qu'il en résultera que la valeur des biens ainsi donnés à l'un des successibles réservataires devra s'imputer sur la quotité disponible, bien que dans la forme il n'y ait pas dispense de rapport. D'autre part la donation à charge de rente viagère sera alors traitée tout entière comme donation sans déduction des arrérages qui pourraient avoir été payés.

Ainsi, quelle que soit la forme de l'acte, il y a présomption que c'est une libéralité pure et simple, mais seulement pour la protection de la réserve et non à tous autres points de vue. C'est qu'en effet le plus souvent les arrérages ne sont pas payés et le législateur a pu avec raison établir cette présomption.

Si la rente viagère est stipulée au profit d'un tiers, appliquerons-nous encore l'article 918 ? Nous répondons

affirmativement parce qu'on peut craindre une collusion entre le tiers et le disposant.

L'aliénation avec réserve d'usufruit n'était pas prévue par la loi de l'an II, qui la laissait dans le Droit commun ; le Code civil est donc plus sévère en ce point, la crainte de simulation paraît ici aussi justifiée et on peut présumer que le prix de cette aliénation de nue-propriété n'a pas été payé.

La disposition de l'article 918 ne s'applique pas à une aliénation faite moyennant une rente perpétuelle, car alors un droit perpétuel entre dans le patrimoine de l'aliénateur en échange d'un autre droit perpétuel.

L'article 918 ne vise que les successibles en ligne directe et ne pourrait être invoqué contre un parent en ligne collatérale ; et réciproquement un parent de cette ligne ne pourrait être admis à l'invoquer.

On peut se demander à quel moment il convient d'apprécier la qualité de l'acquéreur pour savoir s'il faut appliquer ou non notre article ; c'est au moment de l'acte et il ne doit recevoir application qu'autant que le bénéficiaire était héritier présomptif à cette époque. Telle était la décision de la loi de l'an II ; le Code ne l'a pas reproduite, il est vrai, mais la fraude que redoute l'article 918 ne peut se concevoir que si les conditions supposées sont réalisées au moment de l'acte. La substitution du mot *successible* à celui d'*héritier présomptif* n'a pas été calculée pour changer les conditions d'application de l'article.

Si l'héritier présomptif au moment de l'acte ne l'est plus au jour du décès du *de cujus*, s'il est prédécédé par

exemple, nous n'en appliquerons pas moins l'article 948, car les faits postérieurs ne peuvent modifier la présomption de simulation.

La présomption de notre article est une présomption *juris et de jure*, qui n'admet pas la preuve contraire à notre avis, mais ceci n'est pas reconnu par tous et on a soutenu qu'on n'était pas dans un cas où la preuve contraire était inadmissible d'après l'article 1352. En tous cas, l'article 948 admet une restriction dans sa dernière partie et prononce que l'imputation et le rapport ne pourront être demandés par ceux des successibles qui auraient donné leur approbation aux actes incriminés. Ceci est une dérogation au principe qui interdit les pactes sur les successions futures. Suffit-il, pour écarter la présomption légale, du consentement de ceux qui au moment de l'acte étaient héritiers présomptifs, et ce consentement est-il opposable à ceux qui plus tard seraient devenus successibles ? La question est controversée, mais nous croyons que le mot *successible* comprend tous ceux qui existent à l'ouverture de la succession et que le consentement des uns n'est pas opposable aux autres.

Ne serait-il pas tout au moins possible à l'acquéreur de prouver qu'il a en réalité payé les arrérages afin d'obtenir qu'on lui en tienne compte ? En principe non, car la présomption légale est que l'acte tout entier est une pure libéralité.

Si le prix avait été stipulé payable en capital pour partie, pour moitié par exemple, et qu'il consistât pour l'autre partie en une rente viagère, il faudrait admettre,

croions-nous, que dans ce cas l'acte se décompose et que pour une part il y a vente régulière et ce ne serait que pour l'excédant qu'il y aurait lieu d'appliquer l'article 918 ; ou tout au moins faudrait-il autoriser l'acquéreur à prouver qu'il a payé et à répéter.

Puisque ces donations présumées faites sous l'apparence d'un acte à titre onéreux sont traitées par la loi comme donations dispensées de rapport, faudra-t-il en conclure que toute donation déguisée sera implicitement dispensée de rapport ? Certains l'ont soutenu et la jurisprudence l'a admis dans une certaine mesure ; mais on aurait tort d'invoquer l'article 918 à l'appui de cette opinion, car il ne se place pas vraiment en présence d'une donation déguisée, mais pose une présomption légale uniquement pour sauvegarder la réserve.

Nous en avons fini avec les questions d'imputation sur lesquelles nous ne pouvons nous étendre davantage. Nous n'avons plus qu'un mot à dire du troisième point posé en tête de ce chapitre.

III. — Lorsque la quotité disponible est connue, puis que celle dont a effectivement disposé le défunt a été établie, il ne reste plus qu'à les comparer l'une à l'autre. Si la seconde est égale ou inférieure à la première, il ne peut être question de réduction ; si au contraire elle est supérieure, l'action en réduction est ouverte. Nous allons continuer en examinant comment et dans quel ordre elle s'opère.

CHAPITRE III

DES EFFETS DE LA RÉDUCTION.

COMMENT ET DANS QUEL ORDRE ELLE S'OPÈRE.

DES PERSONNES

CONTRE LESQUELLES LES RÉSERVATAIRES PEUVENT AGIR.

La réduction doit porter d'abord sur les dispositions testamentaires et ne peut s'attaquer aux donations entre-vifs qu'après avoir épuisé complètement les premières ; l'article 923 est formel sur ce point. C'est avec raison que la loi en a décidé ainsi, car autrement le disposant aurait le moyen de révoquer tout au moins partiellement les donations qu'il regretterait d'avoir faites ; il faut considérer aussi que les donataires avaient un droit acquis, résoluble il est vrai, avant les légataires dont le droit ne peut naître pour ainsi dire qu'autant que celui des héritiers réservataires a été satisfait.

Lorsque les donations entre-vifs n'auront absorbé qu'une partie de la quotité disponible, les legs pourront s'exécuter dans la mesure de ce qui reste disponible, et ne seront soumis par conséquent qu'à une réduction partielle. Dans cette hypothèse la réduction se fait au marc le franc sur tous les legs concurremment sans

aucune préférence entre les legs universels, à titre universel ou particuliers ; nous savons qu'il n'en était pas ainsi dans notre ancien droit qui prescrivait en première ligne l'exécution des legs particuliers, sauf le bénéfice de la quarte Falcidie dans nos pays de droit écrit. Il n'importe donc pas qu'un legs ait été écrit avant un autre ou bien figure dans un testament antérieur, lorsque le défunt a laissé plusieurs testaments susceptibles d'exécution simultanée ; il n'y a pas davantage à se préoccuper de la forme des testaments.

Nous venons de dire que la réduction devait atteindre proportionnellement et sans distinction les legs universels et les legs particuliers et en cela nous n'avons fait que répéter ce que décide l'article 926 : on s'est demandé si cet article n'était pas en opposition avec l'article 1009 et si celui-ci ne dérogeait pas au premier en prononçant que le légataire universel doit acquitter tous les legs particuliers ; nous ne le pensons pas et il est bien difficile de le croire quand on considère les termes de l'article 1009 qui visent expressément les articles 926 et 927. Le but de l'article 1009 est de régler les droits et devoirs respectifs d'un héritier réservataire et d'un légataire universel qui se trouvent en concours et il décide que dans ce cas tous les legs incomberont au légataire universel et ne seront pas à la charge de l'héritier réservataire, au rebours de ce qu'il vient de prononcer pour les dettes qui pèsent sur tous deux d'après leurs portions respectives, mais il ne dit pas que tous les legs devront être payés intégralement, il dit même tout le contraire puisqu'il prévoit le cas de réduction.

L'article 926 ne parle que des legs universels et des legs particuliers, mais il n'y a aucune raison de ne pas assimiler aux premiers sous ce rapport les legs à titre universel et c'est aussi ce que l'on convient de faire ; on étend également la règle au légataire particulier chargé par le testateur d'un legs en sous-ordre.

Cette règle de la réduction proportionnelle est également applicable à toute espèce de legs, quelle que soit la nature de la chose léguée ; on a pu objecter que le legs d'un corps certain confère au légataire un *jus in re* qui doit le rendre préférable à ceux qui légataires de quantités n'ont qu'un droit de créance, mais c'est à tort, parce que dans les conditions que nous prévoyons, le legs d'un corps certain ne confère au légataire le droit de propriété que dans la proportion où il peut être exécuté d'après la mesure du disponible de la succession. La règle devrait être appliquée même au legs particulier fait au réservataire.

Le principe est donc très général ; l'article 927 prévoit pourtant un cas où il devra fléchir, c'est devant la volonté formellement exprimée par le testateur que « tel legs soit acquitté avant tous autres ». Ceux-ci sont soumis à la condition que le legs désigné soit d'abord acquitté, ce qui est parfaitement juste ; le testateur pouvait ne pas faire de libéralités, en faisant il a pu mettre à leur exécution toute condition licite. Du reste si la loi prescrit la réduction proportionnelle sur tous les legs simultanément, c'est qu'elle présume que telle est la volonté du testateur, qui reste libre d'exprimer une volonté contraire, mais il est nécessaire qu'il l'exprime

formellement, la loi a sans doute voulu couper court à toute sorte d'interprétations périlleuses.

Si la réduction intégrale ou plutôt l'anéantissement de tous les legs ne suffit pas, il y a lieu dès lors de réduire aussi les donations entre-vifs : quant à elles la réduction s'opère en commençant par la dernière et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes, nous dit l'article 923. Cette manière d'opérer se justifie par l'une des raisons que nous avons déjà données ci-dessus, par le principe de l'irrévocabilité des donations ; n'est-il pas d'ailleurs logique que les donations antérieures à celle qui a commencé à entamer la réserve soient respectées de préférence à celle-ci et aux autres qui l'ont suivie ? Ce principe de la réduction successive par ordre de date a été consacré par l'ordonnance de 1731 avant d'être reproduit par le Code civil, mais il paraît qu'il n'avait pas été de tout temps admis sans contestation dans notre ancien droit, car Lebrun tout en se prononçant pour notre manière de procéder nous laisse voir que la contribution *pro modo emolumentum* avait ses partisans (1).

La règle posée par l'article 923 s'applique à toute espèce de donations et tout d'abord sans hésitation à toutes les donations ordinaires, qu'elles soient à terme ou sous condition, quelqu'en soit l'objet ou bien la cause, mais aussi aux donations entre époux faites pendant le mariage et à celles connues sous la dénomination d'institutions contractuelles. Il n'y a pas à objecter que les unes sont révocables et que les autres ne doivent rece-

(1) *Traité des succ.* Liv. II, Cap. 3, Sect. 8.

voir leur exécution qu'après le décès du donateur ; ces dernières lient irrévocablement le donateur dès l'instant de la donation en sorte qu'il ne peut plus faire de donations ultérieures au détriment du donataire, qui se trouve ainsi dans une situation analogue à celle d'un héritier réservataire ; si l'on préférerait les donations ordinaires aux institutions contractuelles, ce serait fournir au donateur le moyen de révoquer celles-ci, ce qui irait contre le vœu de la loi. Quant aux donations entre époux nous ne pouvons pas invoquer le même motif puisqu'elles sont révocables *ad nutum* ; mais nous dirons que tout en étant résolubles, elles n'en confèrent pas moins un droit conditionnel dès le jour de la donation et qu'à défaut de révocation ce droit datra de ce jour, car quand une condition résolutoire ne se réalise pas, le droit qu'elle menaçait de résolution remonte au jour du contrat. Or nous supposons qu'il n'y a pas eu de révocation expresse et nous ne pouvons pas considérer qu'il y a une révocation tacite dans le fait de la part du disposant d'avoir dépassé ensuite, peut-être à son insu, la quotité disponible.

Lorsque plusieurs donations ont été faites dans le même acte, la réduction doit avoir lieu au marc le franc sur toutes ces donations sans qu'il y ait lieu de prendre en considération l'ordre dans lequel elles ont été écrites. On applique ici la même règle que pour les dispositions testamentaires. Si plusieurs donations avaient été faites le même jour par des actes différents nous déciderions encore de même, à moins cependant que, chacune de ces donations portant l'heure à laquelle elle aurait été faite, il soit possible d'établir un ordre de priorité et

dans ce cas la réduction commencerait par les dernières.

Le principe de l'irrévocabilité des donations s'oppose à ce que le donateur puisse modifier l'ordre de réduction et désigner telle donation pour être réduite de préférence à une autre postérieure, comme un testateur peut le faire quant à un legs. Si cependant plusieurs donations étaient faites dans un seul acte, nous pensons que le principe en question ne ferait plus obstacle à une désignation de ce genre.

Lorsqu'il y a lieu à réduction, comment y procède-t-on ? Nous allons voir l'effet produit sur les legs d'abord, puis sur les donations.

Nous supposons que les legs peuvent être exécutés en partie, car autrement il est facile de comprendre que la réduction radicale ne donne lieu à aucune opération. Il s'agit d'abord de faire une évaluation de tous les legs et d'en faire la somme que l'on comparera à la valeur qui doit être prise pour remplir l'héritier de sa réserve ou de la portion de réserve qui lui manque. La proportion entre les deux valeurs déterminera exactement la proportion dans laquelle chacun des legs devra être réduit. Si par exemple nous supposons un testateur dont la fortune est de quarante mille francs et qui en a légué trente mille à diverses personnes n'en laissant que dix mille à son fils héritier unique, nous trouvons que la somme qui manque au fils est dans un rapport de 1 à 3 avec la somme des legs ; c'est donc de $\frac{1}{3}$ que doit être réduit chacun des legs.

En principe la réduction doit se faire en nature, car le réservataire exerce son droit de succession *ab intes-*

tat et se trouve être propriétaire de chaque objet de l'hérédité dans la proportion que nous venons d'indiquer. De leur côté les légataires peuvent réclamer aussi la délivrance en nature des objets à eux légués dans la mesure où ils n'ont pas été atteints par la réduction, de sorte qu'ils sont dans l'indivision avec l'héritier et tous peuvent respectivement demander le partage. Si les objets légués sont partageables en nature, on procédera de cette façon et chacun obtiendra ainsi ce à quoi il avait droit ; si au contraire ils sont indivisibles il faudra recourir à une licitation, suivant le procédé ordinaire.

Pourrait-on appliquer ici par analogie ce que décide l'article 866 à propos du rapport dans le cas où le retranchement ne peut pas s'opérer commodément ? nous ne le pensons pas, parce que la situation n'est pas la même et le donataire qui se trouve en possession d'un immeuble, peut avoir à le conserver un intérêt qui justifie la disposition de l'article 866 en sa faveur et qui fait défaut au légataire.

Si la chose léguée ne pouvait être licitée, comme une servitude qui n'a d'utilité que pour le légataire, force sera bien de recourir à une estimation, et celui-ci devra payer au réservataire une partie de la valeur dans la mesure où la réduction aura atteint le legs ; voilà ce que l'on décide en général.

Si nous passons aux effets de la réduction sur les donations entre-vifs, nous trouvons qu'ils sont plus complexes et plus délicats à déterminer, quoique cependant le principe reste le même que pour les legs. L'idée qui domine toute la matière est que la réserve,

en tant que partie de l'hérédité, doit être fournie en biens et valeurs héréditaires ; telle est la règle, mais nous allons voir qu'ici elle comporte des exceptions importantes.

Nous supposons d'abord que les objets donnés sont demeurés aux mains des donataires. Si ces donataires sont étrangers, la règle s'applique sans restriction et sans qu'il y ait lieu par exemple de distinguer si la donation a pour objet des meubles ou des immeubles. Mais voici déjà une première exception qui concerne les successibles : « Si la donation entre-vifs réductible a été faite à l'un des successibles, dit l'article 924, il pourra retenir sur les biens donnés la valeur de la portion qui lui appartiendrait comme héritier dans les biens non disponibles, s'ils sont de la même nature. » Quel est exactement le successible que vise cette exception ? pour nous, et en cela nous suivons l'opinion commune, ce ne peut être qu'un donataire par préciput qui accepte la succession, car celui qui renonce devient étranger à la succession et doit par conséquent être traité comme tel ; ce n'est pas non plus un donataire en avancement d'hoirie qui accepte, car son cas est régi par les règles du rapport et non de la réduction. Nous disons donc que le successible visé dans l'article 924 est un donataire par préciput acceptant ; mais ce n'est pourtant pas l'avis de tous. Certains ont prétendu que le cas prévu par l'article en question était celui de l'héritier réservataire, donataire en avancement d'hoirie, qui renonçait à la succession. Pour faire saisir leur argument, nous devons mentionner ici une difficulté

•

célèbre à laquelle a donné lieu le rapprochement des articles 866 et 924. Nous avons vu ce que dit celui-ci, lisons l'autre : « Lorsque le don d'un immeuble fait à un successible avec dispense du rapport excède la portion disponible, le rapport de l'excédant se fait en nature, si le retranchement de cet excédant peut s'opérer commodément. Dans le cas contraire, si l'excédant est de plus de moitié de la valeur de l'immeuble, le donataire doit rapporter l'immeuble en totalité, sauf à prélever sur la masse la valeur de la portion disponible : si cette portion excède la moitié de la valeur de l'immeuble, le donataire peut retenir l'immeuble en totalité, sauf à moins prendre et à récompenser ses cohéritiers en argent ou autrement. » Ainsi tandis que l'article 866 impose un rapport en nature pour l'excédant en principe, l'article 924 décide que le donataire pourra le faire en moins prenant ; il y a donc, en apparence au moins, antinomie entre ces deux articles. L'explication de ce problème a fait imaginer sept ou huit systèmes que nous ne pouvons exposer mais parmi lesquels nous devons citer celui mentionné plus haut.

Les deux articles, dit-il, ne statuent pas sur la même hypothèse : l'article 866 suppose une donation avec dispense de rapport, l'article 925 ne parle pas de cette circonstance, par conséquent il faut l'appliquer au cas où le donataire renonce à la succession pour s'en tenir à la libéralité qu'il a reçue, sans quoi il devrait le rapport total ; il n'y a donc pas d'antinomie, puisque les deux cas sont différents. Cette explication ne nous conduit à rien moins que reconnaître au successible héritier

réservataire et donataire en avancement d'hoirie, qui renonce à la succession, le droit de retenir sa part de réserve en plus du disponible. Et c'est précisément la prétention de ceux qui proposent cette explication ; on sait que nous repoussons cette interprétation et sa conséquence.

L'article 924 prévoit la même hypothèse que l'article 866 et suppose une donation avec dispense de rapport, affirmons-nous, et la preuve de ceci se tire de la condition même à laquelle l'article 924 subordonne la faculté de retenir le bien donné. Le texte dit que le successible aura le droit de retenir, s'il y a des biens de même nature pour fournir la réserve de ses cohéritiers. Or comment comprendre que le droit de retenir sa part de réserve fût subordonné à cette condition, s'il s'agissait de lui laisser cumuler sa réserve avec le disponible ? Et au contraire cette condition s'explique si l'on suppose l'héritier acceptant, car elle est en harmonie avec les règles du rapport et avec le principe même de l'article 859. Cette condition de l'article 924 a été introduite sur les observations du Tribunat, dans la pensée évidente qu'il s'agissait d'un héritier réservataire acceptant et dispensé du rapport.

Mais alors comment concilier les deux textes ? car nous ne croyons pas qu'on puisse se contenter d'une des explications proposées qui consiste à dire que l'antinomie est insoluble. Marcadé a présenté une solution très simple qui a été adoptée par M. Vernet, et que les termes de l'article 866 semblent justifier : cet article viserait d'après eux le cas d'une réduction partielle,

tandis que l'article 924 aurait en vue celui d'une réduction totale. Nous ne croyons pas devoir l'accepter cependant, parce qu'il n'apparaît vraiment pas, que telle soit l'idée qui a dicté l'article 924.

Voici comment nous faisons la conciliation : le *de cujus* a donné un immeuble à son héritier en le dispensant du rapport, mais la quotité disponible a été dépassée et il y a lieu à réduction. Supprimons par hypothèse l'article 924 un instant : nous dirons avec l'article 866 que le rapport en principe doit se faire en nature, à moins qu'il n'y ait dans la succession des immeubles de même nature, valeur et bonté suivant les expressions de l'article 859. Ainsi, l'article 866 fût-il seul, nous dirions que le rapport en nature, n'est obligatoire que s'il ne reste pas d'immeubles semblables dans l'hérédité. C'est cette distinction formulée par l'article 859, et que nous tenons pour sous-entendue dans l'article 866, que vient confirmer formellement l'article 924 pour le rapport de l'excédant, afin d'écarter le doute qu'aurait pu laisser sur ce point l'article 866 (1). Telle est l'opinion professée par la Faculté de Paris, croyons-nous ; c'est également celle de MM. Demante et Demolombe. Ces deux auteurs étendent au légataire successible, ce que l'article 924 n'applique formellement qu'au donataire et pensent que le rapport en moins prenant, dans les cas où la loi l'autorise, doit s'appliquer aux legs aussi bien qu'aux donataires (2). L'idée qui domine notre solution est que l'article 924 tranche

(1) M. Bufnoir à son cours. 30 mars 1887.

(2) Demante, tome IV, 62 bis, II. — Demol., tome XIX, 600.

plutôt une question de rapport qu'une question de réduction proprement dite.

La condition, à laquelle cet article subordonne la faculté de faire le rapport en moins prenant, savoir que les autres biens à partager soient de même nature, procède du même point de vue que l'article 859, et doit être interprétée de la même manière; le but de la loi est de concilier le principe d'égalité avec les intérêts de l'économie publique et la faveur que mérite la possession.

Nous continuons à supposer que les biens donnés sont restés entre les mains des donateurs, mais admettons que ceux-ci ont constitué des hypothèques sur des immeubles qui se trouvent atteints en partie ou pour le tout par la réduction. Nous appliquerons alors sans restriction la règle *soluta jure dantis, solvitur jus accipientis*; l'article 929 est très catégorique sur ce point: « Les immeubles à recouvrer par l'effet de la réduction, le seront sans charge de dettes ou hypothèques créées par le donataire ».

Le mot « *Dettes* » qu'emploie le Code signifie sans doute toute espèce de droits réels, servitudes ou usufruit; il n'y a aucune raison de distinguer entre ces charges et les hypothèques. Si la réduction n'atteint un immeuble que pour partie, la portion que recouvrera l'héritier réservataire lui arrivera absolument franche de toutes charges, mais celles-ci subsisteront sur la portion qui demeurera la propriété du donataire et en vertu du principe d'indivisibilité, les hypothèques se concentreront tout entières sur cette portion. Nous

n'avons envisagé jusqu'ici que les hypothèques consenties par les donataires ; quant à celles créées par le donateur il faut distinguer entre celles qu'il a établies avant la donation et qui sans aucun doute subsistent, et celles qui sont postérieures ; ces dernières n'ont pas pu être valablement consenties, puisque le donateur avait cessé d'être propriétaire. Seulement ses héritiers réservataires, s'ils avaient accepté purement et simplement sa succession, seraient tenus vis-à-vis des créanciers, quand bien même les dettes garanties par ces hypothèques ne seraient pas personnelles au *de cujus*, comme responsables de la fraude commise par celui-ci. Mais nous ne croyons pas qu'ils soient tenus hypothécairement et que les créanciers puissent en invoquant la règle : « Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio », soutenir la validité de ces hypothèques ; car les hypothèques en question n'ont jamais eu qu'une simple apparence d'existence, et les tribunaux n'auraient même pas à en prononcer la résolution et ne pourraient faire autrement que d'en constater la non-existence et d'ordonner la radiation des inscriptions qui auraient été requises et effectuées.

Ceci nous amène à examiner une question qui présente de l'analogie avec celle-ci et que les auteurs résolvent de façons différentes, elle concerne le sort des hypothèques établies sur des immeubles donnés sous la forme de contrats à titre onéreux. Les uns considèrent que dans ce cas il y aurait une souveraine injustice à appliquer l'article 929, parce que les tiers n'ont eu aucun moyen de se soustraire à une pareille

éventualité et que leur attention n'a pu être éveillée, comme dans l'hypothèse d'une donation, par le titre de leur débiteur. D'autres appliquent au contraire ledit article sans restriction en s'appuyant sur la règle : *Resoluto jure dantis*, etc. Il en est et parmi eux MM. Aubry et Rau qui combinent cette règle avec celle que nous avons citée tout à l'heure : *Quem de victione*, etc. et concluent qu'en principe l'article 929 doit s'appliquer sauf dans le cas d'acceptation pure et simple où cette dernière règle y met obstacle. M. Demolombe fait une autre distinction et applique l'article 929 ou non, suivant que le donateur n'a pas eu pour but de tromper les tiers ou que la simulation a été employée dans ce but, parce qu'alors les héritiers réservataires tenus de la fraude de leur auteur doivent garantie aux créanciers hypothécaires et cela sans qu'il y ait lieu de considérer si la succession a été acceptée par eux purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire.

Quelle solution adopter ? pour nous nous pensons que l'article 929 est trop absolu pour être écarté facilement et nous exigerions à la fois les deux conditions proposées par MM. Aubry et Rau et Demolombe pour imposer la garantie aux héritiers réservataires, c'est-à-dire que d'une part ils eussent accepté purement et simplement et que d'autre part leur auteur eût été *consciens fraudis*.

En nous occupant ci-dessous de la réduction quant aux biens aliénés par le donataire, nous verrons la même question se reproduire ; mais avant d'aborder l'explication de l'article 930, exposons en quelques lignes l'article 928 ainsi conçu : « Le donataire restituera les

fruits de ce qui excède la portion disponible, à compter du jour du décès du donateur, si la demande en réduction a été faite dans l'année ; sinon, du jour de la demande en réduction. » Les fruits produits par la chose donnée jusqu'au moment de l'ouverture de la succession sont définitivement acquis au donataire, c'est ce qui résulte de notre article, et rien n'est plus juste sous tous les rapports : il est probable en effet que le donateur les eût consommés *lautius vivendo* et de plus ce serait souvent condamner le donataire à la ruine que de le forcer à rapporter tous les fruits et faire ainsi tourner la libéralité à son détriment. D'un autre côté les principes indiquent que du jour du décès les fruits doivent aller à l'héritier, puisque c'est à ce moment qu'il est saisi et devient propriétaire ; c'est ce que décidait invariablement notre ancien droit sans faire aucune distinction et c'est ce que décide encore aujourd'hui le Code civil, mais en introduisant un tempérament, exprimé dans les derniers mots de l'article 928, en faveur du donataire. Ce tempérament se justifie-t-il ? il est certainement très équitable ; il était vraiment dur d'exiger d'un donataire qui ne savait pas être sous le coup d'une réduction, qu'il restituât tout à coup les fruits qu'il avait consommés de bonne foi. On peut objecter que la réduction est toujours à prévoir, nous n'en disconvenons pas, mais cependant l'inaction des héritiers réservataires a dû lui faire supposer qu'il ne se trouvait pas atteint : enfin n'a-t-il pas pu ignorer la mort du donateur ? Du reste les héritiers réservataires ne peuvent que s'en prendre à eux-mêmes de leur négli-

gence, car ils étaient plus à même que le donataire de se rendre compte exactement de la situation. Le Code civil ne paraît pas admettre en général l'accumulation des fruits pour être restitués : l'article 1005 nous en fournit une autre preuve.

Nous allons nous occuper de la réduction dans ses effets contre les tiers acquéreurs des biens donnés ; c'est l'article 930 qui pose en ces termes les règles applicables en ce cas : « L'action en réduction ou revendication pourra être exercée par les héritiers contre les tiers détenteurs des immeubles faisant partie des donations et aliénés par les donataires de la même manière et dans le même ordre que contre les donataires eux-mêmes, et discussion préalablement faite de leurs biens. Cette action devra être exercée suivant l'ordre des dates des aliénations, en commençant par la plus récente. » Cet article pose une règle très différente de celle de l'article 859 concernant le rapport ; les immeubles aliénés par l'héritier soumis au rapport ne peuvent être revendiqués contre les tiers tandis qu'ils sont atteints par la réduction. Cette différence se justifie : le législateur doit se montrer très circonspect quand il s'agit d'annuler des aliénations licites au risque de jeter le trouble dans la propriété ; l'intérêt que la loi attache au maintien de l'égalité entre cohéritiers ne pouvait l'emporter sur la sécurité des transactions et la stabilité de la propriété. Ici le législateur a fait taire ces considérations devant la nécessité de protéger efficacement les héritiers réservataires que sans cette mesure il eût été trop facile de dépouiller ; mais il a eu soin de ne recourir à un moyen

aussi radical que comme suprême ressource et d'ordonner préalablement à la revendication, la discussion des biens des donataires ; il a essayé de concilier les intérêts des tiers et ceux des héritiers réservataires et pour cela il a été nécessaire de faire fléchir ce principe que nous avons énoncé déjà à plusieurs reprises, suivant lequel la réserve étant une partie de la succession était due à l'héritier en choses héréditaires.

Il est à remarquer aussi que la loi n'autorise pas la revendication des meubles contre les tiers, bien que cependant la réduction s'opère pour les meubles comme pour les immeubles par un retranchement en nature ; le législateur n'a pas voulu avec raison porter atteinte au principe, qu'il a posé d'autre part dans l'article 2279, qu'en fait de meubles possession vaut titre. C'est à l'étendue d'application de cet article qu'il faut s'en référer, pensons-nous, pour décider dans notre matière jusqu'à quel point sont protégés les tiers acquéreurs de meubles.

Revenons aux immeubles : nous avons dit que la loi avait placé la sécurité des tiers au-dessus de l'intérêt qu'ont les héritiers à obtenir les biens en nature et que la discussion préalable des biens des donataires était exigée comme condition de recevabilité de l'action en revendication. Ce n'est donc qu'après avoir établi l'insolvabilité de ces derniers que les héritiers réservataires pourront agir contre les tiers ; il est généralement admis que les dispositions prescrites par les articles 2022 et 2023 quant au bénéfice de discussion accordé à la caution ne sont pas applicables à notre cas. L'article 930

n'impose au tiers détenteur aucune des conditions auxquelles la loi soumet la caution, d'où nous concluons qu'il n'est pas tenu de requérir la discussion sur les premières poursuites sous peine de déchéance, ni d'indiquer au réservataire les biens du donataire, ni enfin de faire l'avance des frais. C'est à l'héritier à justifier qu'il a fait le nécessaire et pour cela il est tenu de discuter tous les biens du donataire meubles ou immeubles, même ceux qui seraient situés en dehors du ressort de la Cour d'appel. *Quid* des immeubles hypothéqués ou litigieux ? L'article 930 ne semble comporter aucune restriction, nous admettons cependant que s'il était notoire que la discussion de ces biens ne dût donner aucun résultat, les juges devraient déclarer que la condition exigée pour la recevabilité de l'action est remplie, pourvu que l'insolvabilité du donataire fût clairement établie. C'est tout ce que prescrit la loi.

L'acquéreur, qui n'est pas tenu d'indiquer les biens à discuter, pourrait bien entendu les désigner jusqu'à sa dépossession, et même, puisque l'action en revendication n'est que subsidiaire, il pourrait offrir de payer en argent, ce qu'aurait pu faire le donataire ; il n'y a pas de raison de refuser la même faculté au tiers détenteur qui y a plus d'intérêt que qui que ce soit. La somme à payer par le tiers détenteur serait dans ce cas celle qu'aurait dû payer le donataire s'il eût été solvable, savoir le prix de l'immeuble évalué au temps du décès ; cette solution nous est indiquée par l'article 860 à propos du rapport et convient également à la réduction puisque l'action naît au moment du décès.

Les droits réels créés par le tiers détenteur disparaissent comme ceux créés par le donataire lui-même ; mais tandis que celui-ci doit restituer les fruits du jour du décès pourvu que la demande en réduction soit faite dans l'année, nous pensons que le tiers détenteur ne les doit rendre qu'à partir de la demande formée contre lui ou de la dénonciation à lui faite de celle formée contre le donataire, selon les règles du droit commun et la pratique sur ce point de notre ancien droit. Disons pourtant que cette question est controversée et qu'on objecte contre notre manière de voir les termes de l'article 930, qui dit que l'action s'exerce contre les tiers détenteurs de la même manière et dans le même ordre que contre les donataires ; on fait remarquer aussi que le tiers détenteur doit plutôt être considéré comme un propriétaire dont le droit se trouve résolu que comme un possesseur de bonne foi auquel il n'y a donc pas lieu de l'assimiler. Quoi qu'il en soit, c'est l'opinion que nous avons adoptée qui est communément admise.

L'action subsidiaire contre les tiers détenteurs s'exerce du reste dans le même ordre et de la même manière que l'action principale contre les donataires, cela se conçoit facilement puisque l'une ne peut être intentée qu'à défaut de résultat de l'autre. Ainsi l'action en revendication contre les tiers ne peut être exercée qu'après la réduction de toutes les donations postérieures et la discussion du donataire duquel ils tiennent leurs droits ; et entre les ayants-cause d'un même donataire l'action doit procéder suivant l'ordre des aliénations faites par ce donataire, sans distinguer entre celles à titre onéreux et celles à

titre gratuit, puisque la loi ne fait pas de distinction.

S'il s'agissait de l'aliénation à titre onéreux d'un immeuble faite par un donataire qui l'aurait reçu du *de cujus* sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, nous déciderions, de même que pour l'hypothèque constituée sur un immeuble donné dans ces conditions, que la revendication serait impossible si les héritiers réservataires avaient accepté purement et simplement la succession du donateur et que ce dernier eût été *consciens fraudis*.

Si le tiers acquéreur avait cessé d'être détenteur et avait lui-même aliéné l'immeuble, l'action en revendication pourrait être exercée contre les sous-acquéreurs d'après les mêmes principes que contre l'acquéreur direct, mais ce dernier ne serait plus tenu vis-à-vis de l'héritier réservataire qui par conséquent ne pourrait être renvoyé à le discuter, en admettant qu'il ne détienne plus aucune partie du bien donné.

Dans le cas où l'on ferait figurer dans la masse les donations de sommes d'argent ou de denrées, comme nous inclinons à le faire lorsque les donataires se trouvent être insolvables, nous autoriserions alors les héritiers réservataires à demander la réduction des donations antérieures jusqu'à ce qu'ils eussent obtenu leur réserve intégralement.

CHAPITRE IV

DES MODES D'EXTINCTION DE L'ACTION EN RÉDUCTION. —
FINS DE NON-RECEVOIR QU'ON PEUT LUI OPPOSER.

L'action en réduction peut cesser d'abord par la renonciation des ayants-droit, c'est-à-dire des héritiers à réserve qui ont accepté la succession ; pour être valable la renonciation doit être postérieure à l'ouverture de la succession, c'est sûrement ce que l'on doit conclure de l'article 1130 qui nous dit qu'on ne peut renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit. Notre droit est donc plus rigoureux sur ce point que le Droit romain qui autorisait dans ces conditions la renonciation à une succession, ne voyant pas dans cet acte l'immoralité du *votum mortis*. Mais une fois la succession ouverte, rien ne s'oppose à ce que les héritiers réservataires renoncent à l'action qui leur appartient.

On admet que la renonciation peut être expresse ou tacite : expresse elle n'est soumise à aucun terme sacramentel, tacite elle peut s'induire de faits, émanés des héritiers et qui indiquent manifestement leur volonté de renoncer. Quant à la détermination des faits desquels

elle peut s'induire, il y a des questions d'appréciation qui doivent être résolues d'après les circonstances de chaque cause et nous ne pouvons fournir des indications précises ; nous allons cependant noter quelques faits qui sont de nature à faire supposer la renonciation. Ainsi on pourrait interpréter dans ce sens le fait, de la part d'un héritier réservataire, d'avoir reçu sans réserves un legs particulier des mains du légataire universel ou bien celui d'avoir acquitté de son plein gré les legs adressés à des tiers. Nous croyons que ces faits ne suffisent pas par eux-mêmes à emporter renonciation de la part de l'héritier réservataire, s'il n'est pas démontré d'ailleurs que l'intention de cet héritier était en effet de renoncer, et nous le recevrons malgré cela à prouver qu'il ignorait la consistance de la fortune du défunt ou l'existence d'autres libéralités entamant la réserve et que par conséquent il y a eu erreur de sa part.

Les donataires et les légataires ne pourraient pas arguer contre l'héritier de ce qu'il aurait approuvé les donations entre-vifs ou le testament et de ce qu'il aurait reconnu leur validité. Une telle approbation n'implique point nécessairement la renonciation.

L'action en réduction peut aussi s'éteindre par la prescription. Celle-ci ne commence à courir que du jour de l'ouverture de la succession, puisque ce n'est qu'à ce moment que l'action prend naissance et la prescription ne saurait courir contre une action qui n'existe pas. Ce serait sacrifier absolument le droit des héritiers réservataires que d'admettre le contraire, car ils n'ont à leur disposition aucun moyen de l'interrompre. Mais quel

sera le délai de cette prescription ? Il peut varier suivant que les biens sont restés entre les mains des donataires ou qu'ils sont passés aux mains de tiers acquéreurs. Dans la première hypothèse il s'agit d'une prescription libératoire qui ne peut être que de trente ans ; dans la seconde en dehors de cette prescription les tiers acquéreurs pourraient se trouver couverts par la prescription acquisitive de dix à vingt ans, si du reste leur possession réunissait les conditions requises pour cette prescription.

Dans notre ancien droit on s'était demandé si la légitime n'était pas imprescriptible, cette opinion n'a pas été renouvelée de nos jours, mais certains ont soutenu que les donataires, libérés de l'action personnelle en réduction par la prescription de trente ans, continuaient néanmoins à rester en butte à l'action réelle en revendication. Si l'on pense avec nous que la propriété des donataires ne se trouve pas résolue *ipso facto* dès l'ouverture de la succession et que les héritiers réservataires doivent intenter l'action en réduction pour faire revivre leur droit de propriété, comme nous l'avons exposé en étudiant la nature de cette action, on admettra aussi qu'une fois celle-ci prescrite, il ne peut plus être question de revendication.

L'action en réduction est la sanction de la réserve ; et n'a droit à la réserve que le successible qui se porte héritier ; d'où la conséquence que celui qui n'a pas accepté la succession et qui prétendrait faire réduire les donations ou les legs devrait être déclaré non recevable. On pourrait même opposer une fin de non-recevoir à

l'héritier acceptant qui aurait reçu du défunt un don ou un legs dont l'imputation devrait être faite sur sa réserve. Si cette libéralité ne le remplissait pas entièrement de sa réserve, l'action en réduction serait recevable jusqu'à concurrence de la valeur à recouvrer pour parfaire la réserve.

On ne pourrait pas objecter à l'héritier réservataire ayant accepté purement et simplement la succession que, continuateur du défunt, il succède à ses obligations personnelles, car c'est la loi elle-même qui lui confère l'action en réduction pour le garantir contre les dispositions du défunt.

La loi ne prononce pas de déchéance de l'action contre l'héritier pur et simple qui sans avoir fait dresser d'inventaire en temps utile prétendrait par la suite n'avoir pas été rempli de sa réserve, mais comme c'est à lui à faire la preuve, il fera sagement d'en faire faire un, s'il prévoit qu'il puisse devenir nécessaire d'intenter une action en réduction.

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. — La *querela inofficiosi testamenti* n'a pas été introduite par le préteur, elle n'est pas due non plus à une loi *Glitia* ; elle est l'œuvre des prudents secondés par le tribunal des centumvirs.

II. — La *querela inofficiosi testamenti* est une espèce de pétition d'hérédité.

III. — La dévolution de la *querela* a lieu d'ordre à ordre et non de degré à degré.

IV. — L'enfant justement exhérédé ne fait pas nombre pour la computation de la *legitime*, ni celui qui renonce sans avoir rien reçu.

DROIT CIVIL

I. — Les biens soumis au droit de retour légal quand ils se retrouvent en nature dans la succession, ne doivent pas être compris dans la masse.

II. — Les biens compris dans un partage d'ascendant doivent être réunis fictivement à la masse pour la détermination de la quotité disponible.

III. — L'article 924 prévoit comme l'article 866 une donation faite avec dispense de rapport.

IV. — L'héritier réservataire, donataire en avancement d'hoirie, qui renonce à la succession ne peut cumuler la quotité disponible et la réserve. Il ne doit pas faire nombre pour la détermination de la quotité disponible.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. — L'affranchissement direct par testament ne doit pas être considéré comme un legs ; ce n'est pas plus une libéralité que l'affranchissement entre-vifs.

II. — Dans le droit primitif le testament ne suppose pas nécessairement la liberté de tester.

III. — Il n'y avait pas de lien légal entre le père et les enfants nés du concubinat.

IV. — Il n'y a jamais eu dévolution dans l'ordre des agnats.

DROIT FRANÇAIS

I. — Le bail ne confère au preneur qu'un droit personnel *sui generis*.

II. — La femme en concours avec les créanciers de son mari ne peut exercer ses reprises qu'en qualité de créancière.

III. — L'hypothèque est un démembrement du droit de propriété.

IV. — La règle « En fait de meubles possession vaut titre » s'explique par l'idée d'une prescription instantanée.

ENREGISTREMENT

Le principe de la non déduction des dettes est contraire à l'équité.

Le partage d'ascendant doit suivant la loi du 16 juin 1824 être soumis au tarif des mutations par décès, quand même l'un des enfants aurait été laissé en dehors.

DROIT COMMERCIAL

Les nullités de l'article 446 du Code de commerce ne peuvent être prononcées qu'en faveur de la masse des créanciers et le failli concordataire ne saurait être admis à s'en prévaloir.

DROIT CONSTITUTIONNEL

L'énumération par l'article 8 de la loi des 16-18 juillet 1875 des traités que ne peut ratifier définitivement le Président de la République sans un vote des Chambres est limitative.

Vu par le Président de la thèse,
GÉRARDIN.

Vu par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DE LA PLAINTÉ D'INOFFICIOSITÉ

	Pages
PRÉAMBULE	1
INTRODUCTION. — Du droit de tester à Rome	13
§ 1. — Toute-puissance du père de famille	13
§ 2. — Restrictions au droit de tester	20

DE LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI.

PREMIÈRE PARTIE

DEPUIS SON ORIGINE JUSQU'À JUSTINIEN

CHAPITRE PREMIER. — Origine et nature de la querela ...	27
§ 1. — Son origine	27
§ 2. — Nature de la <i>querela</i>	31
CHAPITRE II. — A qui compète la querela	34
CHAPITRE III. — Qui est défendeur à la querela. — Quels sont ceux dont les dispositions sont attaquables. — Quelles dispositions sont attaquables	51
CHAPITRE IV. — Des conditions requises pour l'admissibilité de la querela. De la quarte legitime	58
§ 1. — Conditions d'admissibilité	58
§ 2. — De la <i>quarte legitime</i>	65
CHAPITRE V — Effets de la querela	80
CHAPITRE VI. — Des causes qui faisaient cesser le droit à la querela	92

DEUXIÈME PARTIE

Pages

INNOVATIONS DE JUSTINIEN. — LÉGISLATION DES NOVELLES. 105

DROIT FRANÇAIS

DE LA RÉDUCTION DES DONATIONS ET DES LEGS

INTRODUCTION.....	111
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — Notion des droits de légitime et de réserve.....	116
§ 1. — Ancien droit français.....	116
§ 2. — Droit intermédiaire.....	124
§ 3. — Droit actuel d'après le Code civil.....	126
CHAPITRE PREMIER. — Qu'est-ce que l'action en réduction. — A qui compétè-t-elle. — A quelle époque prend-elle naissance.....	134
CHAPITRE II. — Quand y a-t-il lieu à réduction. — Opérations nécessaires pour établir que la réserve a été entamée.....	164
CHAPITRE III. — Des effets de la réduction. — Comment et dans quel ordre elle s'opère. — Des personnes contre lesquelles les réservataires peuvent agir.....	227
CHAPITRE IV. — Des modes d'extinction de l'action en réduction. — Fins de non recevoir qu'on peut lui opposer.....	247

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot, Saint-Dizier, (Hte-Marne). 30, passage Verdeau, Paris.
